UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DES REMÈDES OFFERTS

PAR LA

LEGISLATION CANONIQUE

ET LA

LEGISLATION CIVILE

AUX

ÉPOUX DÉSUNIS

THÈSE

pour le Doctorat (Sciences Juridiques)

par

Louis RIBOT

NIMES
IMPRIMERIE A. CHASTANIER
12 — RUE PRADIER — 12
1923

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535710_0085

DES REMÈDES OFFERTS
par la Législation canonique et la Législation civile aux époux désunis

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DES REMÈDES OFFERTS

PAR LA

LÉGISLATION CANONIQUE

ET LA

LÉGISLATION CIVILE

AUX

ÉPOUX DÉSUNIS

THÈSE

pour le Doctorat (Sciences Juridiques)

par

Louis RIBOT

NIMES
IMPRIMERIE A. CHASTANIER
12 — RUE PRADIER — 12

1923

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. VALÉRY, professeur de Droit commercial.
MOYE, Doyen, professeur de Droit international public.
MORIN, assesseur, professeur de Droit Civil.
DONNEDIEU DE VABRES, professeur de Droit criminel,
BECQUÉ, professeur de Droit civil.
DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit administratif.
ROCHE-AGUSSOL, professeur d'Économie politique.
VIALLETON, professeur de Droit civil.
BOSC, professeur de Droit civil.
VIARD, professeur d'Histoire du Droit.
BASTID, chargé de cours de Droit constitutionnel.
DIJOL, chargé de cours de Procédure.
TISSET, chargé de cours de Droit romain.
TEILLARD, chargé de cours d'Economie politique.
DELBEZ, chargé de cours de Droit romain.
VIGIÉ et BRÉMOND, doyens honoraires.
LABORDE et CHAUSSE, professeurs honoraires.
DUBOIS, secrétaire.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEMBRES DU JURY

MM. MORIN, professeur, *Président.*
VIALLETON, professeur
VIARD, professeur } *Assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A MA FEMME

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

▪▪▪

A MA MÈRE

▪▪▪

A LA MÉMOIRE DE MA SŒUR

▪▪▪

A MON BEAU-PÈRE ET A MA BELLE-MÈRE

▪▪▪

A MES BEAUX-FRÈRES ET BELLES-SŒURS

▪▪▪

A LA MÉMOIRE DE MES CAMARADES

DU 242e RÉGIMENT D'ARTILLERIE DE CAMPAGNE - 2e GROUPE

MORTS POUR LA FRANCE

▪▪▪

MEIS ET AMICIS

INTRODUCTION

Façonnés par la main puissante de l'Eglise qui, avec une patience inlassable, dès la chute de l'Empire Romain, s'était peu à peu emparé des âmes et des cœurs, les esprits, quoique préparés par la réforme et l'œuvre des Philosophes du XVIII[e] siècle, virent avec stupeur le Législateur révolutionnaire décréter, le 20 septembre 1792, que le lien matrimonial, jusque là indissoluble, pourrait être, à dater de ce jour, rompu pour des causes déterminées.

De tels principes de si hautes et si profondes portées ne peuvent être admis qu'à la faveur d'un bouleversement social.

L'histoire nous le prouve.

La chute de l'Empire Romain, sous la poussée des Barbares, vit l'Eglise, demeurée seule debout sur les ruines de la Société et de la Religion païenne, promulguer les Lois qui allaient donner naissance à une nouvelle civilisation.

De tous les dogmes définis par les successeurs de Saint-Pierre l'un des plus féconds en conséquences, est, sans contredit dans l'ordre familial et social, celui de l'indissolubilité du mariage. Au fur et à mesure qu'elle étendra sa domination, l'Eglise imposera aux civilisations qu'elle pénétrera cette discipline. Mais un jour viendra où sa puissance, fortement battue en

brèche par la Réforme et l'œuvre des Philosophes, ne sera plus assez forte pour maintenir dans son giron, l'unanimité des croyants, et empêcher le divorce des deux Législations, canonique et civile, de s'accomplir. Et le XVIIIe siècle finissant verra le Législateur Français permettre la rupture du Lien qu'une accoutumance plusieurs fois séculaire, faisait considérer, jusqu'alors comme indissoluble.

Mais un retour offensif de l'antique conception va, avec la restauration de l'ordre social, se produire.

Retour offensif couronné d'un succès éphémère puisque moins d'un siècle plus tard, le Législateur de 1884, retournant aux errements de son prédécesseur de 1792, autorisera à nouveau la rupture du lien matrimonial.

Poser un tel principe, c'est ouvrir pour les âmes catholiques l'ère des luttes de consciences. Nouveau supplice de Tantale que cette possibilité qui leur est donnée de rompre pour partie le Lien qui chaque jour leur devient plus pesant, mirage aussi cruel que celui qui s'offre aux voyageurs des régions désertiques. Leur supplice est pareil. Leur espoir aussi grand, leur déception aussi profonde.

Qui des deux a raison ? Du Législateur Ecclésiastique qui dit « Quod Deus conjunxit, homo non separet » ou du Législateur Français qui, ne considérant le mariage que comme un contrat civil, donne aux parties contractantes la faculté de pouvoir, sous certaines conditions, en demander aux tribunaux la résiliation.

Notre intention n'est pas d'étudier le bien fondé des raisons apportées par l'une et l'autre partie à l'appui de leur thèse. Nous constatons la divergence et nous inclinons devant le fait pour en retenir seulement les conséquences.

Par suite de ce désaccord fondamental entre les deux législations, les consciences catholiques se trouvent placées dans une cruelle alternative : d'une part continuer à vivre une vie, souvent véritable enfer terrestre, ou tout au moins le fardeau devenant trop lourd, se séparer, mais en s'interdisant l'espoir de refaire leur vie, d'autre part déposer le fardeau et demander à la loi Française de rompre leur union, mais en se voyant dans ce cas l'objet de la réprobation de l'Eglise.

Frappés de cette anomalie : l'Eglise se posant en Mère de ses adhérents et condamnant par son intransigeance ses enfants au lent désespoir qui ronge en leur interdisant de refaire le foyer qu'une trahison vient de jeter à bas : nous avons voulu apporter aux âmes en proie à cette lutte, la paix, en leur montrant qu'entre le Droit canonique qui n'admet pas la rupture du lien matrimonial, et la législation française qui l'admet, le fossé est moins grand qu'elles ne le croient.

Présomption étrange, dira-t-on ? peut-être, si nous voulions exposer dans ces quelques pages, en une étude qui se voudrait approfondie, toute la doctrine matrimoniale de l'Eglise. Mais notre pensée est moins vaste. Nous voulons seulement démontrer par l'exa-

men des causes canoniques de rupture du lien matrimonial qui, plus développées en droit canon, permettent aux fidèles catholiques, divorcés au civil, de reconstruire le foyer édifié en apparence seulement aux regards de l'Eglise, la vérité de ce que nous affirmions plus haut.

Notre étude se divisera naturellement en trois parties. Dans la première, après un historique commun au Droit canon et au Droit Civil, nous examinerons comment dans chacune de ces deux législations se forme le Lien, afin de mieux comprendre comment dans chacune d'elle il se relâche et se rompt, ce sera l'objet de notre deuxième et troisième partie. Ainsi en possession de ces données, de la comparaison des causes en rupture nous déduirons que l'Intransigeance de l'Eglise n'est qu'une intransigeance factice, destinée seulement à préserver l'Edifice social du flot des passions déchaînées que, secondés par un canoniste subtil qui saura découvrir dans l'Arsenal de l'Officialité diocésaine l'arme appropriée, les époux, dont le mal à l'examen se révèlera incurable, verront leurs efforts couronnés de succès, ce sera là notre conclusion.

PREMIÈRE PARTIE

DE LA FORMATION DU LIEN EN DROIT CIVIL CANON ET EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

HISTORIQUE

Lorsque au lendemain de la Pentecôte, les Apôtres se répandirent dans le monde pour annoncer aux peuples la Religion nouvelle, deux groupes religieux se partageaient les cœurs.

L'un voyait ses adeptes rendre un culte à de nombreuses divinités. Le Premier par le nombre de ses fidèles, le groupe Polytheiste semblait assis sur des bases indestructibles. Les Empereurs romains, maîtres du monde, en étaient les Pontifes suprêmes et, pareille à un temple immense, Rome, alors à l'apogée de sa gloire, abritait dans ses murs les dieux de ses sujets.

L'autre n'adorait qu'un seul Dieu et ses rites étaient inconnus hors des limites de la Judée. Ses adeptes, peu nombreux, fils d'une même famille, avaient reçu en dépôt la Révélation et avaient pour mission de préparer les voies au Christ-Rédempteur.

Ces religions, aussi bien la Religion révélée que les Religions païennes, ignoraient l'indissolubilité du Lien matrimonial. Dieu en avait bien, dès l'origine, posé le principe, mais il dut par la suite, à cause de la dureté du cœur des Juifs, permettre à ces derniers, par la voix de Moïse, de répudier leur épouse pour cause d'adultère.

L'Évangile annoncé, l'Église, gardienne de la Doctrine du Christ, ne devait pas tarder à restaurer les premiers principes jadis révélés à Moïse. (1) C'est par la voie de l'Apôtre Saint Paul qu'elle déclare : « Quand aux personnes mariées, j'ordonne, non pas moi mais le Seigneur, que la femme ne se sépare pas de son mari. Si elle en est séparée qu'elle reste sans se remarier, ou qu'elle se reconcilie avec son mari. Pareillement que le mari ne répudie pas sa femme.., la femme est liée aussi longtemps que vit son mari. » (2)

Mais se rendant compte des conséquences néfastes de ce principe trop absolu, en un temps où les mariages mixtes devaient être, à raison du nombre encore restreint des nouveaux adeptes, fort nombreux, Saint Paul ajoute : « Si quelque frère a une femme qui n'a pas la foi et qu'elle consente à habiter avec lui, qu'il ne la renvoie pas. Si l'incrédule se sépare, qu'il se sépare, le frère ou la sœur ne sont pas asservies dans ces conditions ». (3)

De l'étude de ces deux textes, il résulte que l'Eglise ne considère pas l'indissolubilité comme étant de droit naturel primaire mais seulement de droit naturel secondaire en sorte que dispense peut en être donnée par la loi Divine mais par elle seule.

---

(1) Genèse II. 7. 22.

(2) St-Paul. I Ep. aux Corinthiens VII. 10 et 11.

(3) St-Paul. I Ep. Corinthiens VII. 12. c'est en s'appuyant sur ces paroles que l'Église autorise le divorce de deux époux mariés dans l'infidélité et dont l'un a reçu le Baptême, nous l'étudierons lorsque nous traiterons du Privilège Paulin.

Au cours des siècles qui vont suivre, l'Église imposera ces principes aux peuples qui se courberont sous sa loi, et le monde étonné verra les Chrétiens proclamer : l'Unité, la Sainteté et l'Indissolubilité du mariage.

Mais la mise en vigueur de cette discipline, n'ira pas sans susciter de nombreuses résistances. Et l'Eglise se heurtera à l'hostilité non seulement de ceux qui ne partageaient pas ses croyances, mais à celle aussi de ses propres enfants.

En effet, parmi les chrétiens nombreux étaient ceux qui interprêtaient le passage de St Mathieu ainsi conçu : « Je vous le dis, celui qui renvoie sa femme, si ce n'est pour cause d'adultère, et en épouse une autre, pêche » (1), dans le sens de la continuation de la dispense jadis accordée aux Juifs, et voyaient là une cause de rupture. D'autres au contraire, n'admettaient pas cette cause, se prononçaient pour la suppression de la dispense, et enseignaient l'indissolubilité absolue ». (2)

Les Grecs ne partageaient pas cette dernière opinion et s'appuyant sur ce texte de St Mathieu, ils autorisèrent dans ces conditions le divorce. Ils furent suivis en cela par Luther et Calvin, qui s'emparèrent des paroles de l'Evangéliste pour permettre aux époux de se séparer et de convoler ensuite en Justes noces et, fait digne de remarque, le Concile de Trente ne trancha pas la question. Il se contenta

(I) St-Mathieu XIX. 9.

(2) Nous étudierons cette question dans notre chapitre : de l'Unité du mariage.

de jeter l'anathème sur ceux qui enseignaient que l'Eglise se trompe lorsqu'elle proclame l'indissolubilité du mariage. Ainsi le Concile permet d'avoir sur ce point une opinion contraire à celle de l'Eglise.

Deux courants se manifestèrent donc dès l'origine. L'un à tendances larges et dont les principaux représentants furent St Ambroise et St Epiphane, admettait une indissolubilité mitigée. L'autre, plus rigoriste, enseignait avec St Augustin, l'indissolubilité absolue. Avec le temps ce dernier courant devait l'emporter sans cependant anéantir le premier. Et quoique l'ensemble des Docteurs de l'Eglise rejette l'adultère comme cause de divorce, il n'en demeure pas moins que l'opinion de Saint Ambroise n'a jamais été condamnée, et que, se rendant aux observations des Ambassadeurs de la République de Venise, le Concile de Trente ne définit jamais l'indissolubilité comme dogme de foi.

Mais est ce à dire que cette indissolubilité que l'Église assignait au lien matrimonial, ait été, avec la conversion de Constantin, reconnue par la loi civile aux mariages qu'elle était seule à régir ? Non certes et ce serait une erreur de croire que la Législation canonique supplanta immédiatement la Législation Romaine. L'Antique discipline subsista jusqu'à la chute de l'Empire.

Il en fut de même en France. Longtemps encore les juges royaux conservèrent le pouvoir de juridiction qu'ils avaient jusqu'alors possédé en propre, relativement aux causes matrimoniales.

L'Église en effet n'eut pas dès l'origine, en ce qui concernait le mariage, une législation originale. Elle s'était contentée d'en définir les caractères essentiels et d'édicter certaines prescriptions et défenses dont l'inobservation entraînait seulement des peines religieuses.

Mais lentement, par de persévérants efforts, l'Eglise amena les tribunaux séculiers à se dessaisir à son profit des procès intéressant la validité des mariages, en faisant passer ses décisions dans le domaine civil. Ce travail d'assimilation fut terminé au X^{e} siècle. Pendant les siècles qui vont suivre du X^{me} au XVI^{e}, elle sera seule à connaître des procès matrimoniaux, sa législation dominera et les juges royaux verront la faiblesse des Rois conférer au juge ecclésiastique, en cette matière, les pouvoirs discrétionnaires qu'ils étaient seuls jusqu'alors à détenir.

Ainsi « Par cet avènement au plein pouvoir sur les mariages l'Eglise fut fatalement conduite à construire une législation matrimoniale systématique et complète que jusque là elle n'avait point possédé en propre, tant qu'elle n'avait exercé qu'une action parallèle à celle de la loi civile, elle n'avait eu qu'une réglementation fragmentaire.., du jour où elle fut seule à statuer sur la valeur des mariages elle dut avoir des solutions pour toutes les questions. Elle dut construire un système complet ». (1).

(I) V. Esmein. Le mariage en droit canonique. 1891 T. I. Page 28 et suiv.

Quelles règles présidèrent à l'élaboration de ce système ? Ces solutions ne furent pas toutes tirées des Livres Saints. Les Papes et les Conciles s'inspirèrent de diverses coutumes séculières et surtout du Droit Romain. La Doctrine et la Jurisprudence complétèrent l'œuvre commencée.

Mais le Pouvoir Royal après une éclipse de plusieurs siècles essaya de réagir contre cette ingérence de l'Eglise. Il reprit peu à peu le terrain perdu, commença par attirer à lui les procès relatifs aux effets pécuniaires et, distinguant avec les théologiens le mariage « quoad vinculum » et « quoad effectus » il reprit le droit de connaître des procès ayant trait aux effets civils du mariage.

Ainsi bien avant la Révolution, la sécularisation du mariage était préparée et même commencée, et lorsque l'Assemblée Constituante, promulguant la Constitution de 1791, déclara : « la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil » un coup néfaste fut porté à l'indissolubilité. Un an plus tard ce principe pour lequel, dès l'origine, l'Église avait lutté, que les Capitulaires nous imposèrent, ce principe avait vécu.

Pourquoi ces deux législations rendirent-elles en cette matière d'un intérêt primordial, deux solutions contradictoires ? Parce que, quoique voyant l'une et l'autre dans le mariage un contrat, l'Eglise, se conformant à la parole Evangélique : « L'homme ne sépare pas ce que Dieu a unis », rappelle aux époux que Dieu intervient comme partie à l'acte, de caractère

religieux, même entre infidèles, qu'ils vont accomplir ; tandis que le Législateur Français ne considérant le mariage que comme un contrat civil, déclare que la faculté de divorcer résulte de la liberté individuelle « dont un engagement indissoluble serait la perte ». Et si l'on se rappolle que toute l'œuvre du législateur de 1804 est basée sur l'individualisme, on ne doit pas s'étonner de cette divergence, de laquelle découle deux conséquences.

La première : Alors que le Droit civil ne connaît qu'une seule catégorie apte à contracter mariage, le citoyen, sous réserve des règles relatives à sa capacité, l'Eglise opère une distinction entre les baptisés et les non baptisés. Les premiers étant ses sujets, elle s'attribue un pouvoir de juridiction et se déclare seule compétente pour connaître de la validité des mariages par eux contractés. Quand aux seconds les ignorant elle laisse au pouvoir séculier toute latitude pour trancher les questions pouvant les intéresser.

La seconde : Tandis qu'en droit canonique, les époux sont eux-mêmes les ministres du Sacrement-contrat, le prêtre n'étant qu'un témoin autorisé, en droit civil, c'est le Maire qui par le prononcé de la formule, lie les comparants l'un à l'autre, ceux-ci n'étant pour ainsi dire que les sujets passifs de l'acte qui se passe. Et la conséquence la plus importante qui découle de cette conception des époux, ministres ou sacrements qui les lie est celle-ci ;

Si c'était le prêtre qui, par la bénédiction qu'il donne aux époux, provoquait la naissance du contrat,

l'adjonction d'une condition faite par l'un des époux à la formation du contrat-sacrement serait indifférente à la validité de l'acte. Car, comme nous le verrons, si l'Eglise annule un mariage auquel une condition contraire à son essence a été apposée, c'est uniquement parce que l'époux, ministre du sacrement, n'a pas, en ce faisant, l'intention de faire ce que l'Eglise fait. Or cette intention l'Eglise l'exige de tous les ministres des sacrements quels qu'ils soient, et cela *quoad validitatem.*

Il en est de même ici que dans le cas suivant : si le baptisant, en répandant de l'eau sur le front de l'enfant qu'on lui présente, n'a pas l'intention de faire ce que l'Eglise fait, c'est-à-dire de baptiser, mais seulement s'il a l'intention de laver l'enfant, il n'y a pas davantage ici baptême, qu'il n'y a mariage dans le cas où l'époux pose une condition contraire à l'essence du contrat-sacrement. Le ministre du sacrement n'a pas l'intention de faire ce que l'Eglise fait. Le Sacrement faisant, dans le mariage, partie intégrante du contrat au point de ne pouvoir en être séparé objectivement, dès lors qu'il n'y a pas sacrement, il n'y a pas contrat, donc pas d'union valide, les époux sont en état de concubinage.

Telles sont les vicissitudes par lesquelles le principe de l'indissolubilité du lien matrimonial est passé. A l'origine coexistence des deux législations, Romaine et canonique. Au fur et à mesure de l'extension de la puissance ecclésiastique, avec l'acquisition du pouvoir de juridiction, élimination en matière matrimoniale

de la législation séculière. L'Église alors légifère seule, impose aux peuples ses conceptions, et connait de tous les procès qui peuvent naître à cette occasion. Puis avec le déclin de sa puissance, déclin parallèle de sa discipline et à la sécularisation du mariage correspond la disparition du principe de la perpétuité du Lien. Désormais comme à l'origine, deux législations vont connaître des procès matrimoniaux. Quel est le secret de cette liaison intime entre le principe de l'indissolubilité et le maintien de la puissance ecclésiastique. Nous croyons le trouver dans ce fait que, tout individu, portant en soi un désir éperdu de liberté, supporte mal toute contrainte de quelque côté qu'elle provienne, il tend à secouer le joug, joug de la morale, joug du devoir, pour donner libre cours à ses instincts. Essentiellement individualiste, il se préoccupe peu des conséquences de ses actes ; Il n'a cure des autres, il veut vivre sa vie, fut ce au détriment des autres hommes, ses frères, et le jour où par suite des circonstances, l'autorité qui jusque là le maintenait dans l'ordre, faiblit, il revient aux instincts de la libre nature et demande aux nouveaux maîtres qu'il vient d'élever sur le pavoi, la consécration de cette Liberté.

C'est pourquoi, l'Église, gardienne de la société, vit aux époques des troubles révolutionnaires, sombrer avec sa puissance, les principes auxquels elle demandait la solidité et la sécurité du Foyer, gage de l'avenir.

DE LA FORMATION DU LIEN EN DROIT CANON

CHAPITRE I.

I. Définition. — *Qu'entend-on par lien matrimonial ? Quels droits confère-t-il ?*

II. Appellations diverses : *légitime, ratum, consommatum, invalide, nul, attentatum, putatif, morganatique, ayant ou non l'apparence du mariage.*

---

§ 1er. — Définition

Le lien conjugal qui naît d'un contrat valide, consiste à donner à l'homme et à la femme un droit mutuel, exclusif et perpétuel sur le corps l'un de l'autre, dans le but de donner naissance à des enfants. Ce droit, avec son obligation réciproque, lie les deux époux selon la parole de l'Apôtre « la femme n'a pas la possession de son corps mais l'homme, de même l'homme n'a pas la possession de son corps, mais la femme » c'est pourquoi le nom de lien invoque ici plutôt l'idée d'obligation, mais comme toute obligation suppose un droit, en le définissant ainsi on englobe les deux attributions.

Le lien conjugal confère donc :

1· Le droit pour l'une et l'autre partie de demander l'accomplissement du devoir conjugal ;

2· L'obligation de se prêter à cet accomplissement,

3· L'exclusivité.

Ainsi dans la pensée de l'Eglise le mariage tout entier est ordonné vers la naissance des enfants et c'est pourquoi afin de rendre l'accomplissement de ce devoir, plus aisé, elle ordonne la communauté « du lit et de la table ». La naissance des enfants est donc ici la légitimation des rapprochements sexuels, et cela est si vrai que l'Eglise déclare coupable de pêché mortel, l'époux qui recherche le coït pour la seule satisfaction de ses plaisirs « ob solam delectationem ». Non pas que dans cet acte on doive proscrire la délectation, non, mais on doit la faire passer au rang qui lui est assigné, c'est-à-dire comme fin secondaire, la naissance des enfants en étant la fin primordiale et la raison d'être.

Ainsi Saint Thomas d'Aquin, définit justement le mariage en ces termes « Le mariage est une certaine réunion de l'homme et de la femme, en vue de donner naissance à des enfants, de les élever et d'établir entre eux une communauté de vie » (1).

Mais ce lien qui naît d'un contrat est-il parfait aussitôt après l'échange des consentements ?.. Non. Il faut que le mariage ait été consommé, c'est-à-dire, le rapprochement sexuel opéré de manière à ce que la fécondation puisse en résulter. Jusqu'à la consommation le contrat est dirruptible, et l'époux délaissé peut demander au Pape dispense de le consommer.

Ainsi l'Eglise voit dans le lien matrimonial un droit,

---

(1) St-Thomas Somme théol. quest. XLIV. Art. I.

avec obligation parallèle, au rapprochement sexuel, dans le but de donner naissance à des enfants.

Cette notion devait être précisée et rappelée si nous voulons comprendre plus tard pourquoi l'Eglise rompt un mariage pour cause d'impuissance.

---

§ 2. — Appelations Diverses

Diverses qualifications ont été appliquées par les canonistes au lien conjugal.

Il est dit : 1° *Légitime* lorsqu'il existe entre deux infidèles, qui contractent conformément à la loi de leur pays. Ainsi que nous l'avons vu l'Eglise n'intervient pas ici dans la formation du contrat. Celui-ci nait par le simple échange des consentements libres, sans d'autres formalités que celles requises par la loi civile des parties. Celà est si vrai que si plus tard les époux se convertissent à la religion catholique, si leur consentement a été validement donné, il ne sera pas renouvelé *In Foro Ecclesiæ.*

Il semblerait de prime abord que cette dénomination de *légitime* dut s'appliquer aux contrats entre chrétiens. Quoique à la vérité aucune raison s'oppose à celà, il est pris par les canonistes dans l'acception que nous venons d'indiquer.

2°. - Au contrat intervenu entre fidèles le Droit canon applique le mot de *Ratum* c'est-à-dire « admis ». Ce mariage peut ou non être consommé. Cette con-

sommation a dans l'Eglise une importance, car c'est elle qui rend le contrat indissoluble.

Pour justifier cette idée d'indissolubilité attachée à la consommation, les canonistes apportent deux arguments :

A. - Le premier d'ordre scripturaire « Ils deviendront deux en une seule chair » (1) dans le cas ou le mariage n'est pas consommé le texte ne s'applique pas.

B. - Le second est d'ordre juridique, La législation canonique est toujours restée imprégnée du Droit Romain, or à Rome le simple accord de volontés, ne transmettait pas par lui-même un droit réel.

Du contrat ne résultait qu'un droit de créance. La *mancipatio*, *l'in Jure cessio*, la *traditio*, transférait seule la propriété. Or au cas particulier le contrat sacrement de mariage ayant pour objet le transfert de la propriété du corps de l'époux à l'épouse tant qu'il n'y a pas consommation, il n'y a pas tradition, donc maintien seulement du droit de créance.

Mais ces arguments d'une valeur réelle, ne présidèrent pas en fait à l'élaboration de cette théorie. Il faut voir là, plutôt une conciliation opérée entre les deux écoles dont la plupart des casuistes étaient alors les disciples : l'école Bolonaise et l'école Parisienne. L'école de Bologne avec son chef Gratien, considérait au fond tout consentement même *de Praesenti* comme un contrat de fiançailles qui ne devenait un *matrimo-*

(I) Genèse II. 7. 22.

nium ratum que par la consommation. L'école de Paris avec Pierre Lombard distinguait entre le consentement *de Praesenti* applicable au mariage et le consentement *de futuro* applicable aux seules fiançailles. Le premier, seul est indissoluble indépendamment de toute consommation. La doctrine ecclésiastique emprunte à l'école de Paris, la distinction entre le consentement *de Praesenti* et le consentement *de futuro* mais ne reconnut le caractère d'indissolubilité qu'au *matrimonium ratum et consummatum* comme l'enseignait l'Ecole de Bologne.

3· Ce lien peut être nul suivant que l'irrégularité atteint ou non la substance du mariage.

4· Quoique nul ce lien peut être *attentatum* ou *putativum* suivant que les deux parties, ou une seule, eurent connaissance ou non, de l'empêchement qui s'opposait à sa formation.

5· Nous ne citons que pour mémoire le mariage morganatique dont les effets sont purement civils, pour en arriver à une catégorie inconnue de notre Droit.

Les mariages dits de conscience célébrés par permission expresse de l'Evêque en présence seulement du prêtre compétent et de deux témoins qui promettent de garder le secret et dont l'acte est déposé aux archives secrètes de l'Evêché (1).

6· Il est inutile d'insister sur une appellation au

---

(1) Les enfants auront-ils la possession d'État d'Enfants légitimes ?

sujet de laquelle les canonistes ne s'entendent pas : le mariage clandestin. Les uns l'applique au mariage qui n'est pas célébré devant le Curé compétent, bien que parfois toute la presse en ait annoncé la célébration, peut-on dire qu'il y ait clandestinité ?... D'autres l'appliquent aux mariages de conscience, d'autres à ceux célébrés au mépris de la publication des bans, d'autres encore aux mariages dits de surprise. Comment peut on appliquer cette dénomination à un mariage qui pourrait très bien avoir lieu durant une grand'messe, pendant laquelle les futurs saisiraient le prêtre de leur intention et échangeraient ainsi devant lui, rapidement, leur consentement. Le malheureux Curé n'aurait même pas la faculté de fuir de l'Autel en se bouchant les oreilles, ce faisant, il aurait montré qu'il avait saisi l'intention des requérants.

CHAPITRE II

NATURE DU LIEN MATRIMONIAL

Origine de la conception contractuelle. — I. Avant le décret « Tametsi » : contrat consensuel. — II. — Après le décret « Tametsi » : contrat solennel.

Quelle est la nature de la convention passée entre les deux époux, par laquelle ils se donnent un droit mutuel sur le corps l'un de l'autre ? A cela l'Eglise nous répond, c'est un contrat. L'étude de cette question est essentielle, car l'Eglise a construit sur la nature contractuelle du lien matrimonial toute sa théorie des vices de consentement.

Or, comme nous le verrons, c'est en se basant sur le défaut de consentement qu'elle en arrive à annuler nombre mariage qu'aucun autre empêchement ne vient dirimer. C'est « le Réservoir » où les canonistes en désespoir de cause viennent puiser ;

Là, ils trouveront l'argument décisif qui emportera la sentence du Juge. Mais n'anticipons pas.

Dès l'origine, l'Eglise considéra la convention matrimoniale comme un contrat. L'élément obligatoire, nécessaire à la constitution de tout contrat, se retrouve en notre matière. L'homme *s'oblige* à laisser à la

femme le libre usage de son corps, la femme pareillement, mais il y a quelque chose de plus, comme nous le verrons en étudiant les vices de consèntement. Un autre élément entre, ici, en ligne de compte ; c'est l'acceptation par l'homme du don de la femme, et réciproquement.

Mais cette acceptation n'est-elle pas par elle même de l'essence des contrats ? On ne peut être évidemment tenu de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose, que si la partie correspondante, envers laquelle on s'oblige, accepte cette obligation. Ainsi cette dation-acceptation participant de l'essence des contrats, permet à l'Eglise de décider que, dès lors que deux personnes de sexes différents, n'ayant pas entre elles un lien de parenté rendant inadmissibles les relations conjugales, entendent se prendre mutuellement pour époux, elles le peuvent par le simple échange de leur volonté.

Mais cet échange de volontés doit il être entouré de certaines formalités destinées à en sauvegarder la liberté et à servir plus tard de preuves, ou bien au contraire les époux sont-ils admis à procéder à cet échange, dans la forme qui leur plaira ? En d'autres termes est ce le consentement seul, ou bien le consentement donné dans les formes prescrites qui crée l'Etat de mariage et donne naissance au droit au rapprochement sexuel ? Question sur laquelle l'Eglise hésita longtemps. Après avoir décidé que seul le consentement librement donné créait l'Etat de mariage elle revint sur cette conception et fit du mariage con-

trat consensuel, un contrat solennel. Deux périodes vont marquer les stades de cette évolution. La première part des origines de l'Eglise et s'étend jusqu'au décret « Tametsi » rendu par le Concile de Trente en 1550 dans sa XXIVe session.

La seconde va de ce Décret jusqu'à nos jours.

---

§ 1. — Avant le Décret « Tametsi ».

L'Eglise, dans l'élaboration des règles qui devaient présider au gouvernement de la nouvelle société, s'est inspirée surtout des principes mis en vigueur par le Droit Romain, et cette matière nous est un exemple qui vient illustrer notre affirmation.

Un adage du Droit Romain *Nuptias non concubitus sed solus consensus facit* nous montre que bien avant le début de l'êre chrétienne, les peuples civilisés ont vu dans le mariage un contrat. Mais les Romains qui, très formalistes, avaient entourés tous les actes de la vie juridique, de formalités variées et nombreuses, avaient dû certainement en prescrire aussi qui devaient présider à l'échange des consentements matrimoniaux. Elles devaient être par leur nombre en rapport avec l'importance du sujet. C'est une erreur. Les Romains à l'origine ne se préoccupèrent pas de règlementer les formes dans lesquelles le consentement matrimonial devait être donné. Ils laissèrent les époux libres de toute entrave et si dans la suite ils instituèrent la *confarreatio* et la *coemptio* ce fut non pas pour faire participer ces deux institutions

de la validité des contrats, mais comme un moyen de faire passer la femme, jusqu'alors sous la *manus* paternelle, sous la *manus* maritale.

Pourquoi donc le mariage Romain échappa-t-il à la règle générale du formalisme ? Parce que le mariage n'intéressant que la famille, le Législateur Romain ne se reconnut pas le droit d'intervenir pour en règlementer les formes. Cet acte n'est pas de son ressort, ce n'est pas un acte juridique, mais plutot un état de fait qui ne se produit pas dans la sphère dans laquelle le législateur Romain évolue. Etat de fait auquel la coutume rattachait certaines conséquences juridiques, mais, qui en raison même de sa nature de « Fait » était soustrait aux obligations de forme. L'Eglise suivit en cela les errements des Jurisconsultes Romains et, ne voyant dans le mariage qu'un contrat consensuel, ne jugea pas utile de l'astreindre à des formalités données.

Cette pratique, a coté d'avantages certains comme la suppression des naissances illégitimes, devait donner naissance à de nombreuses difficultés, quand à la preuve du mariage, et à la possibilité de la bigamie. Ces difficultés n'échappèrent point à l'Eglise. Il nous faut cependant arriver au XVI^{e} siècle, pour voir le concile de Trente changer la discipline antérieure de l'Eglise et ordonner que le consentement devrait être désormais échangé dans les formes que nous allons indiquer.

§ 2. — Après le décret « Tametsi ».

Le décret du concile de Trente n'opéra cependant pas une réforme brutale. Une accoutumance plusieurs fois séculaire avait formé les esprits à considérer le mariage comme prenant naissance par le seul fait du rapprochement sexuel. Ce rapprochement étant entendu comme expression du consentement donné à la prise de possession des corps. De plus au moment où ce décret fut rendu, les dissenssions régnaient dans l'Eglise Chrétienne ; et Rome, après avoir vu l'Eglise Grecque se séparer de l'Unité. sentait souffler sur elle le vent de la révolte. Une notable partie de la chrétieneté rejetait sa doctrine pour suivre désormais celle de Luther et de Calvin. Ainsi les Pères du Concile de Trente furent-ils perplexes lorsqu'il s'agit d'ordonner la mise en application du décret. Partagés entre le désir de ne pas priver les Protestants des grâces du mariage, et celui de ne pas accorder une prime à la révolte en rendant les nouvelles décisions obligatoires pour les seuls catholiques, les Pères pour tourner la difficulté, décidèrent que la mesure prescrite ne deviendrait obligatoire que pour les indigènes des pays ou elle serait promulguée. Nous reviendrons plus tard sur l'étude de ce décret, mais dès maintenant faisons observer que les pays protestants rejettant l'autorité de Rome, il était à présumer que les adeptes de la nouvelle religion se trouvant être les plus nombreux, les décisions du Concile ne seraient pas promulguées. Les choses se passèrent ainsi. Et l'An-

gleterre, l'Allemagne, la Hollande, la Suède, certains cantons Suisses, ignorèrent la Réforme accomplie. Pour eux les règles antérieures survécurent et de nos jours encore, l'échange vrai des consentements suffit encore à constituer en état de mariage, ceux entre qui il s'opère. Par contre tous les pays en majorité catholique comme la France, l'Italie, l'Espagne, l'Irlande, pour les seuls baptisés, l'échange des consentements ne pouvait plus produire son effet qu'à la condition d'avoir été effectué en présence du curé et de deux témoins. Dorénavant cette présence ne sera plus requise comme autrefois : « *quoad liceitatem* » mais aussi « *quoad validitatem* ». Cette mesure est encore en vigueur, de sorte que le Juge ecclésiastique ayant à décider de la validité du mariage, après s'être demandé, si les contractants étaient capables, si le consentement a été validement donné, doit encore se demander si les formes substantielles ont été sauvegardées. Une nullité vient encore s'ajouter au nombre assez élevé que le droit canon possédait déjà.

*
* *

L'application de ce décret n'alla pas sans susciter de nombreuses difficultés ; En France notamment il nous faut arriver à l'année 1569 avec l'ordonnance de Blois pour le voir promulguer régulièrement.

CHAPITRE III

CARACTÈRES DU LIEN MATRIMONIAL

I. Caractères généraux. — *I. UNITÉ. — Qu'entend on par l'unité du lien. Historique. — Sur quels arguments se basent les théologiens : 1° Arguments tirés de l'institution primitive du mariage; 2° Les vœux de la nature ; 3° Des fins secondaires du mariage ; Réflexions. — II. INDISSOLUBILITÉ. — Argument en faveur du principe d'ordre scripturaire : la tradition ; argument contre : texte de St-Mathieu.*

II. Caractère particulier aux baptisés : *Sacrement.*

§. I. — CARACTÈRES GÉNÉRAUX.

1. L'Unité.

Quand les théologiens nous parlent de l'unité du lien matrimonial, ils ont en vue l'union d'un seul homme avec une seule femme. A cette unité s'oppose la pluralité des liens, réalisée soit par la polyandrie, union de plusieurs hommes avec une seule femme, soit par la polygynie, union de plusieurs femmes avec un seul homme. Il convient de remarquer que la prohibition portée par l'Eglise contre ces deux formes de Polygamie, ne s'applique qu'à l'une ou l'autre réalisée *simultanément*. La polygynie simultanée s'oppose à la polygynie successive, réalisée par le second mariage d'un homme veuf avec une autre femme. Quoique repoussée dans son principe par l'Eglise, la Polyandrie et la

Polygynie successives n'en demeurent pas moins autorisées. Jésus-Christ ne défendit jamais les secondes noces et ainsi que le remarque St-Augustin, il ne condamna pas la femme qui avait épousé sept frères les uns après les autres, (1) et St-Paul dans sa première épître aux Corinthiens le dit formellement : « la femme est liée à la loi du mariage tant que son mari est vivant, mais si son mari meurt, elle est libre. qu'elle se remarie avec qui elle voudra pourvu que ce soit selon le Seigneur ». (2) Et l'apôtre va plus loin, dans sa première épître à Timothée il conseille aux femmes veuves de se remarier. « *volo ergo Juniores* (*viduas*) *nubere filius procreare, matres familias esse* ». (3)

Mais si la polygamie successive est autorisée, la polygamie simultanée est sous la nouvelle loi proscrite. Pour porter cette défense l'Eglise s'appuie sur le texte de la Genèse ainsi conçu : « L'homme abandonnera son père et sa mère, il s'attache à sa *femme*, ils seront deux en une seule chair. » (4) Mais aussitôt posé, le principe devait subir une exception. Il est à remarquer, en effet, que la Polygynie fut permise sous l'Ancien Testament. Les Patriarches ne se sont pas fait un scrupule d'user de la tolérance accordée, « *ob duritiam cordis* ». Avec la permission divine

(1) St-Augustin : *De bono viduitatis* chapitre 12.
(2) St-Paul : I Ep. aux Corinthiens. chap. 7. verset 39.
(3) St-Paul I Ep. à Thimothée. chap. 5. Verset 16
(4) Genèse II. 7. 22.

Abraham, Isaac, Jacob et leurs successeurs jusqu'à David et Salomon, épousèrent plusieurs femmes. Il s'en suit donc que cette obligation renouvelée par l'Evangile, n'est point de droit naturel primaire, sinon les Juifs n'auraient point vue la défense levée en leur faveur.

Le principe de l'unité du lien matrimonial posé par Dieu à l'origine, ayant subi une ecclipse tant que fut en vigueur la loi de Moïse, fut restauré dans toute sa force dès la promulgation de la Nouvelle Loi. Quelles sont les raisons qui ont motivé cette différence dans la discipline matrimoniale entre l'Ancien et le Nouveau Testament?

Bossuet dans son Histoire des Variations n 66, justifie en ces termes la permission donnée aux Juifs : « Les lois éternelles que la divine Providence a établies pour la multiplication du genre humain, dispensées dans leur exécution avec une souveraine sagesse, d'abord par le mariage d'un seul avec une seule femme, puis avec quelques changements pour réparer les ruines de notre nature, presque ensevelie par le déluge. Cette coutume se conserva en particulier dans le peuple Saint, parce qu'il devait se multiplier par les mêmes voies que la race humaine, c'est à dire par le sang ». Et Bossuet ajoute « Le nouveau peuple ne devant pas se multiplier par le sang mais l'esprit et la foi, Jésus Christ, rappela le mariage à son unité primitive ».

La polygamie est ainsi justifiée dans l'ancienne loi, par la nécessité à laquelle les Juifs se trouvaient as-

treints de se multiplier entre eux sans chercher femmes au dehors, parmi les infidèles. Mais sur quelles raisons en dehors de la raison mystique indiquée par Bossuet, les docteurs de l'Église s'appuient-ils pour justifier le retour aux principes primitifs de l'unité de mariage ? c'est ce que nous allons examiner.

La polygamie nous disent les théologiens n'est pas désirable :

1°. Parce qu'elle est contraire à l'institution primitive du mariage.

Dieu non seulement ne créa qu'un seul homme et qu'une seule femme, mais encore il voulut qu'ils fussent deux dans une seule chair. En posant ce principe, Dieu n'avait pas seulement en vue le seul mariage d'Adam et d'Ève, mais celui aussi de tous leurs descendants.

Il nous semble cependant que cette institution de la polygamie n'est pas tellement contraire à l'institution du mariage, car ce dernier put survivre pendant plusieurs siècles, sans pour cela perdre de sa dignité. De plus, si on légitime cette permission par la nécessité où l'humanité se trouva de se repeupler après le déluge il faut en conclure qu'après une hécatombe pareille à celle qui de 1914 à 1918 faucha une partie de l'humanité, cette même permission doit être renouvelée dans l'intérêt même de l'humanité.

2° Elle n'est point conforme au vœu et au désir de la nature dont les naissances, à peu près du même

nombre de personnes de chacun des sexes est un témoignage sensible. Erreur profonde... et les théologiens nous paraissent bien peu au courant du mouvement des naissances. En France, du moins, le nombre des naissances des femmes est plus élevé que celui des individus mâles, et si l'on ajoute à cela le fait que 1.500.000 hommes sont restés sur le champ de bataille, combien, par suite de ce principe d'unité, de jeunes filles sont vouées pratiquement au célibat. De toutes parts on pousse le cri d'alarme de la dépopulation, le nombre des naissances allant diminuant, et si nous n'avons pas, en ce temps de crise, au dire de certains auteurs, la hardiesse d'appliquer *momentament* la polygynie, notre race inéluctablement disparaîtra.

3° Elle est contraire aux fins secondaires du mariage.

Les théologiens n'osent pas dire aux fins primordiales du mariage, car leur erreur apparaîtrait manifestement. Le but du mariage étant la procréation des enfants, il est à remarquer que de tous les peuples ce sont ceux qui pratiquent la polygynie qui voient le nombre des naissances aller en s'augmentant. La natalité est en effet chez eux beaucoup plus élevée que chez les nations monogames les plus favorisées comme l'Allemagne.

Dès l'instant qu'un homme est capable de féconder plusieurs femmes et d'assurer l'éducation des enfants qui naîtront de ces différents rapports, pourquoi dès

lors faire état des fins secondaires, bien qu'il ne soit rien moins prouvé que la paix des familles soit troublée par la présence de différentes épouses. Nous avons pu nous rendre compte personnellement au cours du séjour de deux années que la guerre de 1914 nous contraignit d'effectuer dans certains villages d'Albanie et de Serbie, autrefois soumis à la domination turque, et où le principe de la polygynie est resté en vigueur, que la paix du ménage ne se ressentait en rien de la présence de plusieurs épouses au foyer familial.

Au surplus que pèsent ces raisons dans la balance, lorsque l'on met dans l'autre plateau le poids des conséquences directes du principe de la monogamie : la dépopulation, l'adultère et la prostitution. Comment dira-t-on la monogamie n'est pas responsable de la dépopulation, directement non peut-être, indirectement oui à coup sur. Comment aux heures pénibles que nous traversons où la femme est obligée souvent de délaisser son foyer pour aller au dehors aider son mari par son travail, à faire vivre ce même foyer, comment dans ces conditions, imposer à cette *épouse unique* le fardeau honorable de plusieurs maternités. Même en laissant de côté ces considérations là, en admettant que tous les foyers français aient trois ou quatre enfants, croit on que les naissances suffisent à combler les vides laissés par les morts de la guerre ? nous ne le pensons pas. Il est utile de dire ici tout haut, ce que bien d'autres pensent tout bas ; pourquoi ne pas permettre à ces jeunes filles qui en raison du

nombre actuellement restreint des mâles sont vouées à l'égoïsme féroce du célibat, pourquoi ne pas leur permettre de trouver une place auprès d'un foyer déja constitué ? On préfère peut être en faire des concubines et peupler la France de bâtards. Bien des petis êtres ne verront pas le jour si nous n'avons pas le courage d'adapter au mal du moment, le remède que ce mal demande.

Les mêmes raisons qui militaient au temps d'Abraham, d'Isaac et de Jacob, militent encore de nos jours. Nous voulons des naissances, il nous en faut à tout prix et nous laissons volontairement de côté la seule institution qui en nous en donnant nous sauverait d'une mort certaine. Le principe de l'Église qui en temps ordinaire se justifie pleinement devrait pouvoir fléchir en ce temps d'exception. Peut être malgré tout agit-elle ainsi dans un but supérieur, que notre courte vue ne nous permet pas d'apercevoir, nous le désirons profondément, heureux serons-nous si notre race survit quand même.

4°. Le dernier argument est d'ordre scripturaire.

Les théologiens citent le passage de la Genèse, où Dieu dit : « *Adhoerebit uxori suae* » si la polygynie avait été permise, Dieu aurait dit, affirment les Docteurs « *adhorebit uxoribus* ». Fort bien mais les exégetes nous ont appris de tout temps à ne pas prendre les textes de la Bible au sens littéral, sinon disent-ils elle deviendrait complètement inintelligible. Pourquoi dès lors faire état ici d'un singulier ?

Telles sont les raisons que nous apportent les Théologiens. Au fur et à mesure de leur exposé, nous avons indiqué les objections quelles soulèvent. Nous l'avons fait sans cependant vouloir approfondir le sujet. Et celà d'autant plus que pour nous, nous demeurons fidèles à la doctrine de l'Eglise et nous nous inclinons devant ses volontés.

2. L'Indissolubilité.

Le second caractère que l'Eglise reconnait au mariage est l'indissolubilité. Par là elle estime que le lien qui unit les deux époux n'est dirruptible que par la mort de l'un ou de l'autre. A cette conception s'oppose celle de ceux qui comme le législateur français estiment que ce lien peut être brisé pour différents motfs.

Il importe ici d'approfondir la question, si nous voulons dans les pages qui vont suivre, nous faire une idée exacte des conditions dans lesquelles l'Eglise, déclare nul un mariage. Voulant en effet démontrer que le fossé qui sépare les deux législations est moins grand qu'on ne le croit, il convient de définir avec soin la position prise par l'Eglise. Nous verrons que, prêtant le flanc à de nombreuses attaques, cette position l'oblige à se montrer tolérante, dans les demandes en nullité.

L'Eglise par la voix des Conciles d'Elvire, d'Arles, de Milène, de Nantes (IX^{e} siècle) et surtout par celle du Concile de Trente, par celle aussi de Saint-Basile, Saint-Jean Chrysostome, Saint-Jérôme, prononce l'in-

dissolubilité absolue. Le mariage validement formé ne saurait être rompu.

Pour changer ainsi la discipline qui depuis Moïse autorisait l'époux trompé à renvoyer le conjoint coupable et à convoler ensuite en justes noces, sur quels arguments l'Eglise s'appuie-t-elle ?. Deux principaux sont donnés à l'appui de cette thèse.

Le premier est d'ordre scripturaire.

L'indissolubilité affirment les théologiens est de droit divin et ils apportent les textes :

A. — de Saint-Luc « Celui qui renvoie son épouse pêche » (1).

B. — de Saint-Paul « Pour ceux qui sont unis par le mariage, j'ordonne non pas moi mais le Seigneur, que l'homme ne se sépare point de sa femme » (2).

Fort bien et nous nous inclinerions devant le fait, s'il n'y avait pas un texte de Saint-Mathieu, où il est dit *omnis qui dimittit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxit, moechatur* (3). Ce texte dès l'origine sépara en deux les Docteurs de l'Eglise. Les premiers, avec Saint-Augustin, affirmaient l'indissolubilité absolue et refusaient d'admettre l'adultère comme comme cause du divorce en disant les mots *nisi ob fornicationem* se rapportent au premier membre de phrase et non au second *aliam duxit* en sorte que ce qui est permis c'est le renvoi et non le remariage.

(1) St-Luc XIX.
(2) St-Paul 1 Ep. aux Corinthiens VII. 10.
(3) St-Mathieu XIX. 9.

Les seconds avec St-Justin, Tertullien, Origène enseignaient que le texte précité autorisait le renvoi avec le remariage.

Nous ne nions pas que nos préférences aillent à cette dernière conception. L'histoire Juive nous montre en effet les Israélites autorisés, par la loi de Moïse, à renvoyer par le *Libellum repudii* leur femme adultère. Les Pharisiens qui interrogeaient le Christ sur le point de savoir s'il était permis à un homme de renvoyer sa femme pour cause d'adultère, ne pouvait avoir en vue que le renvoi avec le remariage car c'était le seul qu'ils connussent et qu'ils pratiquassent. Il ne pouvait être question que du mariage consécutif au renvoi, car l'indissolubilité était inconnue de toutes les religions. que si le Christ avait entendu la poser et l'ordonner dans son sens strict et total, il n'aurait pas fait mention de l'adultère dans un membre de phrase traitant du renvoi, et qui avait pour but de répondre à l'interrogation posée par des individus qui ignoraient absolument ce remède inefficace, ce système bâtard que constitue de nos jours la séparation de corps.

A la rigueur ce texte pourrait s'appliquer à la séparation si l'adultère était le seul motif pour lequel elle fut permise, mais il n'en est pas ainsi. Mais, dira-t-on, l'énumération n'est pas ici limitative. Qu'en savons-nous ? Du reste ce qui montre bien que l'Eglise considère cette question comme susceptible d'embarrasser les plus savants docteurs, c'est qu'elle ne l'a jamais définie comme dogme de foi. Elle enseigne l'indissolubi-

lité du mariage pour des raisons de moralité et pour préserver le foyer chrétien des sautes de vent qui, en l'emportant, compromettrait la solidité de l'édifice social, mais elle n'en fait pas un principe de droit divin positif, puisqu'elle s'est reconnue le droit d'en dispenser les habitants des îles Grecques qui dépendaient au XVe siècle de la République de Venise, et ce sur la représentation qu'en firent les Ambassadeurs de cette République, au Concile de Trente. Faut-il rappeler en outre que ce Concile, ne condamna jamais les Grecs Ordodoxes qui enseignaient conformément au texte de Saint-Mathieu, que l'époux qui viole la foi promise, peut être renvoyé par le coinjoint outragé et laisse à ce dernier la faculté de reconstruire le foyer, qu'une trahison vient de jeter à bas ?

Le deuxième argument repose sur la tradition.

Quelle valeur c'est argument présente-t-il ? Aucune. Car une divergence sépare les Pères de l'Eglise (nous avons-vu St-Ambroise n'être pas du même avis que St-Augustin) certains se prononcent pour l'indissolubilité absolue, d'autres pour une indissolubilité mitigée. Or, pour que la preuve tirée de la tradition ai, toute sa force, il faut nécessairement que sur ce point l'opinion de ceux qui la composent soit unanime et constante. L'autorité des Pères de l'Eglise fait foi, lorsque sur un sujet donné, on recueille une solution identique chez les uns et chez les autres. Mais dans cette matière, ou les avis sont partagés, peut-on agir de la sorte et les théologiens, laissant de côté l'opinion des Pères qui leur est défavorable, peuvent-ils, s'ap-

puyant sur quelques-uns, nous dire, la tradition ordonne l'indissolubilité absolue. Nous ne le pensons pas, car un fait que l'on apporte en preuve est de sa nature indivisible, on ne peut pas en faire état seulement pour la partie qui est favorable à votre cause et laisser dans l'ombre ce qui pourrait nuire à votre démonstration. Il en est de même ici, ne faites pas appel en d'autres matières à l'autorité de ceux que vous reniez aujourd'hui. Leur opinion doit avoir le même poids ici qu'ailleurs et parce qu'ils n'abondent pas dans le même sens que vous, ne les dédaignaient pas.

Tels sont les deux seuls arguments qui militent pour l'indissolubilité absolue. En fait rien n'est moins prouvé que l'opinion de ceux qui en sont les tenants. Or si l'on peut penser sans être condamné par l'Eglise, que le mariage peut être rompu pour cause d'adultère, que devient le système de l'indissolubilité basé sur le droit divin ? le divorce pour adultère permis aux juifs de l'ancienne loi, toléré pour les grecs orthodoxes, enseigné par les Calvinistes et les Luthériens, nous porte à penser que nous nous trouvons ici en présence d'une interdiction de droit ecclésiastique susceptible d'être levée par le législateur qui l'a posée. (En fait nous verrons qu'elle l'est). Mais les théologiens viendront nous dire : Des raisons d'ordre moral militent en faveur de son maintien.

Le divorce disent-ils : 1° Entrave l'éducation des enfants ; 2° Atténue l'amour ; 3° Compromet la paix

dans les familles ; (nous avons déjà trouvé cet argument passe partout). 4° Corrompt les mœurs, ici nous nous permettrons une observation, brève pour ne pas anticiper. Dans certains cas la rupture du lien est nécessaire, comme dans les maladies graves, l'emploi des remèdes violent y compris le poison. Pris à la dose prescrite le poison fera son œuvre réparatrice, pris à haute dose il foudroiera l'imprudent qui s'en sera servi. Il en est de même de la rupture. Les théologiens confondent ici (volontairement ?) le mal et le remède. Ce n'est pas le divorce qui corrompt les mœurs, mais la corruption des mœurs qui le rend nécessaire. La corruption est ici le mal dont le divorce est le remède.

Toutes ces raisons d'ordre moral ont leur valeur qu'on ne saurait nier, elles justifient la pratique de l'Eglise, qui sous une apparence d'intransigeance accueille favorablement les requêtes basées sur de sérieuses raisons. L'Eglise proclame moins en fait l'indissolubilité absolue du lien que le pouvoir discrétionnaire qu'elle entend garder sur le prononcé des sentences. Elle ne veut pas avoir les mains liées et être obligée d'appliquer des remèdes, lorsque la gravité du mal ne le réclame pas. Ne serait-elle pas obligée de le faire si elle décidait désormais que telle ou telle raison motiveront la rupture du lien. De la sorte elle ne dispense sa médication qu'aux seuls malades pour lesquels il faut bannir tout espoir de guérison.

§ II. — CARACTÈRE PARTICULIER AUX BAPTISÉS.

Sacrement.

Pour les Chrétiens un troisième caractère vient s'ajouter à ceux que nous venons d'étudier. Le mariage est un sacrement destiné à conférer aux époux la grâce nécessaire à leur état.

Longtemps les Théologiens distinguèrent dans le mariage deux choses : 1° Le contrat : œuvre personnelle des époux ; 2° Le Sacrement action rituelle venant se surajouter à un mariage déjà parfait comme contrat. Autrement dit, ils considéraient le mariage, contrat naturel, comme distinct du sacrement au point de pouvoir s'en séparer objectivement.

Cette opinion prépara chez nous les voies à la sécularisation. Le législateur civil ne fit que dire : Il est de ma compétence de légiférer sur le mariage contrat, je vous laisse à vous législateur ecclésiastique le mariage sacrement.

Depuis, les théologiens sont revenus sur cette interprétation et Léon XIII, dans son encyclique *Arcanum* s'exprime ainsi . « Le Christ a élevé le mariage à la dignité de sacrement et le mariage c'est le contrat lui-même s'il est fait selon le droit ». A sa suite l'Eglise considère de nos jours le mariage entre chrétiens comme un sacrement en lui-même. Cette qualité de sacrement n'est plus une qualité lui venant de l'extérieur pouvant être disjointe ou appliquée à volonté. Ainsi le mariage est un contrat

sacrement dont le rîte essentiel est le mutuel consentement, qui en dehors de toute intervention du prêtre, donne naissance à la grâce.

Nous n'insistons pas davantage sur ses caractères qui n'intéressent pratiquement que les époux catholiques, les autres croient ce que leur enseigne leur religion, de toutes façons il ne faut pas rechercher ici dans ce caractère, les raisons qui ont amené l'Eglise à décider l'indissolubilité du mariage.

Les seules conséquences qu'elle tire de sa définition du mariage: contrat sacrement, sont au nombre de deux :

A. - La première rend coupable de péché mortel, l'époux qui volontairement et par sa faute a causé la nullité du mariage. Par exemple par l'adjonction d'une condition qui permettra plus tard à l'Eglise de rompre cette union :

Exemple : Je ne contracte mariage qu'avec l'intention bien arrêtée de ne contracter qu'une union dissoluble en ce sens que lorsqu'il me plaira de la dissoudre je le ferai sans hésiter. Je commet là un sacrilège puisque je n'ai pas l'intention de faire ce que l'Eglise fait lorsqu'elle pose le mariage comme sacrement.

B.- La seconde permettra aux juges ecclésiastiques de rompre le mariage, quoique valide, mais dont l'un des deux conjoints après avoir contracté dans l'infidélité se convertira dans la foi catholique. C'est le privilège Paulin que nous étudierons lorsque nous serons arrivés aux causes de rupture.

CHAPITRE IV

DE L'ESSENCE DU MARIAGE

Consentement « in genere in specie », caractères intrinsèques du consentement matrimonial, libre, mutuel, interne, manifesté extérieurement.

Le consentement est, selon les canonistes, ce qui rend le mariage « *efficax gratiae* » et qui, donnant ouverture aux droits et aux rapprochements sexuels destinés à donner naissance aux enfants, forme la raison d'être du mariage. Nous pouvons donc conclure que le consentement est la cause efficiante du mariage. C'est pourquoi nous allons étudier ce consentement, pierre angulaire de l'édifice matrimonial, avec tous les développements qu'il comporte. Ici, dans cette matière plus que dans toute autre, nous allons saisir sur le vif toute la subtilité des théologiens et nous verrons que sur la façade de l'indissolubilité, les casuistes ouvrent une immense porte cochère par laquelle les époux plus tard pourront s'élancer vers la liberté.

Le consentement est l'acte de volonté par lequel une personne manifeste son assentiment sur ce qui,

de l'avis de tous, constitue la substance même de la chose, formant l'objet du contrat. Or, la substance même du mariage contrat comprend : et l'intimité de la vie et plus spécialement le droit au rapprochement sexuel. Le consentement matrimonial sera donc : l'acte de volonté par lequel l'époux entend donner à son conjoint un droit sur son corps et en recevoir en même temps un sur le sien, et St-Thomas s'exprime ainsi : « Ce n'est que par le consentement que l'on acquiert un droit sur ce qui jusque là était la propriété exclusive d'un autre. Or, par le mariage, les conjoints acquièrent un pouvoir sur les corps l'un de l'autre, corps qui étaient jusque là la propriété exclusive des contractants. Donc le consentement fait le mariage. (1)

Certains auteurs enseignèrent cependant que seul le rapprochement sexuel constituait les époux en état de mariage. Mais cette opinion ne tarda pas à être abandonnée et l'Eglise reprenant à son compte l'antique adage *nuptias non concubitus sed solus consenssus facit* déclara que quoique moins indissoluble que le mariage consommé, il n'en était pas moins parfait à l'instar de celui qui existait entre la Sainte Vierge et Saint-Joseph.

A ce consentement quels caractères intrinsèques l'Eglise assigne-t-elle pour en assurer la validité ?

(I) Saint Thomas som. théologique, de matrimonio, quest. XLV art. I et II.

Il doit être : externe, libre, mutuel et interne.

Les deux conditions de liberté et de réciprocité se retrouvent dans notre droit civil. De plus le consentement canonique doit comme l'exige aussi le droit français, être manifesté extérieurement. Mais où nous saisissons la subtilité des théologiens et des canonistes, c'est lorsque nous arrivons au quatrième carac tère qu'ils assignent à ce consentement. *Il doit, nous disent-ils. être interne.* N'est-ce pas là cette porte ouverte dont nous parlions plus haut. Le mariage est indissoluble dit l'Eglise, fort bien, mais si l'un des époux n'a pas consenti intérieurement le mariage est nul. Comment peut-on savoir si celui qui est là, entouré de ses parents et de ses amis, aux questions du Prêtre, répond seulement des lèvres ou du cœur ?

Que fera l'Eglise lorsque plus tard, cet époux viendra le trouver en lui disant : ce jour là j'ai simulé un consentement pour telle et telle raison, j'ai consenti sous l'influence de mes parents, voici une lettre que j'écrivais avant mon mariage, j'étais contraint sous peine de me voir chasser de la maison. Que fera l'Eglise ? Elle s'inclinera et brisera ses liens, en le niant cependant et en disant ces liens n'existaient pas, je n'ai pas à les briser, c'était une apparence, une ombre. Qu'importe ! le résultat sera le même.

Subtile distinction de casuistes qui ne voulant pas s'avouer vaincus s'échappent par la porte de service. Comment en effet pénétrer dans les consciences et affirmer que cet homme et cette femme sont des simulateurs qui, pour un héritage ou pour d'autres avan-

tages matériels se lient, quittes à venir nous dire plus tard, délivrez-nous de ces liens odieux.

Les casuistes vous diront bien : Au for externe, celui qui donne un consentement extérieur est présumé donné un consentement vrai et interne, sous réserves de la preuve contraire, qui peut s'administrer en démontrant la simulation elle même à l'aide des circonstances antérieures ou concomitantes au mariage, à l'aide de paroles prononcées devant témoins, par des écrits etc.

Cependant pour des théologiens rigoristes, ces différentes preuves sont difficiles à recueillir. Abandons pour un instant dans leur sens et nous verrons dans quels résultats odieux conduit cette théorie,

Supposons un époux de bonne foi qui faible de caractère et habitué dés son enfance à s'incliner devant la volonté de ses parents subisse cette autorité une fois de plus et épouse une jeune fille sans l'aimer. Dominé par la crainte il consentira extérieurement, mais intérieurement il refusera cette union qui lui est odieuse. Pour l'instant il n'a eu cure de faire constater ce défaut de consentement intérieur et plus tard voulant rompre ces liens il ne le pourra pas, faute de preuves. L'Eglise prononcera la validité de son mariage. Trés bien mais selon la doctrine ecclésiastique n'ayant pas apporté un consentement interne *ce jeune homme ne sera pas marié*, il vivra donc en état de concubinage avec sa femme.

C'est pourquoi, nous persistons à penser qu'en présence des conséquences, pour le moins absurdes, que

l'on peut déduire de ce principe de consentement interne, l'Eglise ne peut pas se montrer d'une extrême rigueur dans la question de preuve. Elle est prise en effet dans un dilemne où l'époux est de bonne foi et il n'y a eu qu'un consentement externe, insuffisant nous l'avons vu et alors il n'y a pas rupture du lien, faute de preuves, il y a néanmoins concubinage ; où l'époux est de mauvaise foi, le consentement interne a bien été donné mais il réussit à tromper les juges ecclésiastiques et obtenir la nullité, dans ce cas là aussi il y a concubinage, non plus avec la première femme mais avec la seconde, c'est pourquoi en présence de ces aléas, nous voulons continuer à voir là, une sorte de divorce déguisé. Nous verrons par la suite en étudiant les nullités pour vices de consentement, combien l'Eglise se montre large dans l'application de ce principe. Des exemples précis illustreront notre affirmation.

1° Condition requise : consentement interne, c'est-à-dire contracté avec une volonté et une intention vraie, au moins implicite de donner un droit sur son propre corps et d'en accepter un sur celui de l'autre partie. Si ce consentement interne n'est pas donné mais seulement simulé, le mariage sera nul, mais quant à la partie seulement qui l'a émis, l'autre partie ayant fourni un consentement interne, sera liée pour jamais. Le simulateur sera tenu, sauf pour raisons graves, de réparer l'injustice commise envers l'autre partie. Ainsi nous avons vu le juge ecclésiastique courir le risque, ou de déclarer valide un mariage

qui ne l'est pas, ou annuler un mariage qui l'est réellement. Nous voyons ce même juge ordonner à la partie de bonne foi de garder une continence perpétuelle et permettre au simulateur de convoler en justes noces ; ainsi deux femmes légitimes auront pour époux le même individu. Les casuistes ont réussi ce tour de force de défendre en droit la polygynie, de la permettre en fait, car cet époux aura deux femmes. Il ne peut à la vérité opérer le rapprochement sexuel qu'avec une seule, mais il n'en demeure pas moins vrai que deux femmes auront le droit de le considérer chacune comme leur légitime époux.

On voit ainsi toutes les conséquences injustes d'un principe faux. Il vaut mieux avoir le courage de dire : pour des raisons graves le lien matrimonial pourra être rompu, plus tôt que de recourir à un pareil faux fuyant qui a pour résultat de faire retomber la peine tout entière sur l'époux de bonne foi et de pousser les cœurs à la revolte.

2e condition. Ce consentement interne doit être manifesté extérieurement, soit par des paroles, soit par des signes ou tous autres actes faisant clairement connaître la volonté du contractant. Il peut être donné aussi par lettres, par procurations. par interprêtes, et dans les régions ou le décret Tametsi n'a pas été promulgué le rapprochement sexuel effectué après les fiançailles est interprêté dans le sens du consentement et le mariage est parfait.

Quant aux autres conditions de liberté et de réprocité elles sont de l'essence de tous les contrats synal-

lagmatiques, et se légitiment d'elles mêmes sans autres explications.

Telles sont les conditions exigées pour la validité. Si l'une d'entre elles vient à faire défaut, il n'y aura pas consentement, donc pas de mariage légitime, nous examinerons dans la deuxième partie avec les faits destructifs de ce consentement le consentement conditionnel.

CHAPITRE V

FORMES REQUISES

HISTORIQUE : *La discipline Romaine adoptée par l'Eglise.*

1. *« Quoad validitatem » : Curé, témoins, quel est le curé compétent ? Quelles sont les personnes astreintes à échanger leur consentement en présence du curé ?*
2. *« Quoad liceitatem » : Prières indiquées par le rituel romain, où les rituels locaux approuvés par Rome.*

Historique.

A l'origine le mariage n'avait pas le caractère formaliste qu'il affecte de nos jours. La puissance religieuse n'intervenait que pour appeler sur les nouveaux époux la bénédiction des Dieux. Là se bornait son rôle. Le prêtre n'avait pas pour mission de conférer par sa présence la validité au mariage qui allait se contracter. Quant au législateur civil il n'avait pas coutume d'intervenir, de sorte que dès l'abord et chez la plupart des peuples civilisés, les seuls qui nous intéressent, car il est incontestable que chez les autres, le souci de réglementer le mariage ne devait pas hanter le législateur, le mariage participa de la nature des contrats consensuels. A Rome même, cependant connue pour son formalisme rigoureux, il ne semble pas qu'à l'origine le législateur civil se soit

préoccupé de réglementer les formes selon lesquelles l'échange des consentements devait avoir lieu, et nous avons déjà vu que ce ne fut qu'à partir de la loi des douze tables que deux formes du mariage apparurent : la *confareatio* et la *coemptio*, moins il est vrai pour participer de la validité du contrat que pour faire passer la femme de la *manus paternelle* sous laquelle jusqu'ici elle se trouvait sous la *manus maritale*.

Certaines cérémonies étaient il est vrai usitées en pareille circonstance, par exemple : réception solennelle de la femme par le mari (on retrouve cet usage dans certains villages Serbes comme Kukovény, Peswika) offres par ce dernier du pain et de l'eau. Mais ces cérémonies n'étaient pas ici encore les conditions de l'existence du mariage, elles étaient plutôt destinées à marquer le point de départ de la vie commune. Les Romains considérant le mariage non comme une situation juridique, mais comme un état de fait, il était nécessaire de pouvoir établir le commencement de l'union. Toute absence de forme rendant l'administration de la preuve fort difficile.

L'Eglise suivit en cela la législation romaine. Pour elle, comme nous l'avons indiqué déjà, le mariage des baptisés était un contrat purement consensuel. Par le décret Tametsi, elle prescrivit, à peine de nullité, l'observation de certaines formes données mais sans jamais cesser de voir avant tout dans le mariage, un contrat purement consensuel, et cela est si vrai que, sous l'empire du nouveau droit canon, promulgué par

Benoit XV, elle considère comme valide le mariage contracté hors la présence d'un prêtre, en cas de péril de mort, dans le cas ou l'on ne peut espérer rencontrer un curé avant un mois et dans les contrées enfin où le décret Tametsi ne fut pas promulgué.

Ce sont ces formes requises que nous allons étudier rapidement, nous réservant d'y revenir lorsque nous traiterons des nullités.

§ 1er. — Formes requises « quoad validitatem ».

Au cours des pages qui précèdent nous avons vu que le Décret Tametsi avait fait du mariage jusque là contrat consensuel, un contrat solennel. Le concile modifiant la discipline antérieure décida que désormais pour qu'il y ait mariage, le consentement devrait être échangé en présence d'un curé et de deux témoins.

A. - Quel est le Curé compétent ?

Ce point n'était pas indiqué dans le décret Tametsi, le décret « Netemere » trancha la question et attribua une compétence territoriale à l'Ordinaire, au Curé, ou à leurs délégués, de sorte qu'en dehors des limites de leurs diocèses ou de leurs paroisses, l'Evêque ou le Curé ne sont plus compétents pour assister à la célébration d'un mariage, quand bien même les deux futurs ou l'un deux serait leur paroissien ;

B. - Quelles sont les personnes astreintes à échanger leur consentement en présence du Curé du lieu ?...

Les baptisés seuls sont tenus de cette obligation, l'Eglise ne revendiquant pas le droit de réglementer

le mariage des non Catholiques. Mais tous les baptisés schismatiques, hérétiques ou infidèles, sont-ils tenus?, à cela le canon 1099 répond : A la forme établie ci-dessus sont obligés :

1· Tous les baptisés dans l'Eglise catholique et ceux qui sont venus à elle de l'hérésie ou du schisme.

2· Ces mêmes catholiques s'ils contractent avec des non-catholiques, baptisés ou non.

3· Les Orientaux quand ils contractent avec des Latins astreints de cette forme.

Ainsi ces règles s'appliquent aux seuls catholiques, qu'ils soient encore dans l'obédience ou qu'ils aient fait défection. Quant à celui qui : fils de non catholique, baptisé catholique retourné à l'hérésie, contracte avec une non catholique, celui-là n'est pas tenu d'observer les formes prescrites.

Avec le prêtre la présence de deux témoins est requise. Le Décret Tametsi, en n'exigeant seulement que le Curé et deux témoins, avait donné naissance à la pratique suivante : deux personnes voulant se prendre pour époux se présentaient accompagnées de deux témoins devant un Curé, et là rapidement échangeaient leur consentement. Le mariage était valide. Le Prêtre avait donc un rôle passif qui n'est plus le sien depuis que le Décret *Ne temere* est venu prescrire que le Curé *requière et reçoive* le consentement des parties. Cette pratique qui ne peut plus se rencontrer actuellement était encore en usage au début de ce siécle, en particulier dans le diocèse de Paris.

§ 2. — « Quoad liceitatem ».

Les règles que nous allons énoncer n'intéressent pas la validité du mariage, elles peuvent donc n'être pas appliquées, sans que pour cela et à raison de cette omission, on soit autorisé à demander l'annulation de mariage pour défaut de forme.

Les détails de la cérémonie qui suit l'échange des consentements sont réglés par le Rituel Romain. Mais ici l'uniformité ne règne pas. Rome approuve les Rituels locaux dont certains n'ont fait que consigner par écrit des coutumes en vigueur. Cette cérémonie consiste dans la bénédiction solennelle des noces, donnée par le Curé au cours de la Messe *pro sponso*. Elle n'ajoute rien à la validité du contrat puisqu'elle peut être donnée plusieurs années après l'échange des consentements. Mais lorsque elle est donnée, elle doit l'être au cours de la messe, exception faite pour les mariages mixtes, pour lesquels le canon 1102 interdit de célébrer la Messe. Ainsi seul l'échange des consentements effectués sur la réquisition du Curé en la présence de deux témoins est requise *quoad validitatem*.

CHAPITRE VI

EFFETS DU MARIAGE EN DROIT CANONIOUE

Droits, devoirs, légitimité, présomption « pater is est ».

L'échange valable des consentements en plus des effets sacramentels qui donnent aux époux les grâces nécessaires à leur état, crée pour chacun d'eux des devoirs et des droits.

Il ne rentre pas dans le cadre de cette étude de nous arrêter sur les uns et sur les autres. Disons seulement, qu'en plus du droit au rapprochement sexuel et de l'obligation de se prêter à sa réalisation, le droit canon est en parfaite harmonie avec la législation civile, quant aux devoirs d'aide, de secours et d'assistance imposés aux deux époux et aux devoirs d'obéissance imposés à la femme.

En plus de ces droits et devoirs, le mariage valide a pour effet de conférer aux enfants qui vont naître, la légitimité. Mais si, pour la maternité, le fait matériel de l'accouchement ne peut être discuté, il plane sur la paternité un mystère impénétrable que les juristes ont essayé d'éclaircir par la présomption, « *pater is est quem justae nuptiae démonstrant* ». Nous étu-

dierons les conditions de délai pour que cette présomption « *Juris tantum* » soit susceptible d'être admise, lorsque nous étudierons les effets du mariage en droit civil. Ces conditions sont les mêmes, dans l'une et l'autre législation.

CONCLUSIONS

Telle est la conception que se fait du mariage le droit canonique. Le contrat né de l'échange des consentements effectué dans les formes prescrites par le Concile de Trente, a pour but d'obliger le mari en donnant à sa femme le libre usage de son corps, à accepter la même donation que lui fait sa compagne de son propre corps, comme moyen nécessaire d'assurer la naissance des enfants. Cette étude de la formation du Lien était nécessaire pour comprendre comment l'Eglise, va pouvoir, par les empêchements dirimants, déclarer nul un mariage.

C'est parce que nous connaissons cette conception canonique que nous pouvons rattacher :

1· Les empêchements dirimants de défaut d'âge ; d'impuissance, à l'obligation de la procréation, légitimation des rapports sexuels.

2· Les empêchements dirimants de consanguinité d'affinité, d'honnêteté publique, de parenté spirituelle, à la nature des rapports qui existent entre époux rapports charnels nécessaires mais qu'une parenté trop proche résultant soit du sang soit des rapports charnels que l'on a eu par exemple avec la mère de celle que l'on veut prendre comme épouse, soit du fait que l'on a enfanté celle qui va être votre compagne à la vie de la grâce, fait considérer comme un sacrilège.

3· Les empêchements dirimants de rapt. Les vices de consentement provenant soit d'une erreur, soit d'une condition posée et qui ne se réalise pas, à l'obligation d'émettre un consentement libre, mutuel, externe et interne.

Mais avant d'aborder l'étude du relâchement et de la rupture du lien, dont nous venons d'étudier la formation, l'obligation où nous serons d'examiner les nullités du mariage en droit civil, pour que de la comparaison naisse la conviction que l'Eglise tout en ne reconnaissant pas le divorce, laisse par sa théorie des nullités la porte ouverte sur la liberté, nous contraint d'exposer maintenant la formation du lien dans notre droit français.

On pourra mieux saisir par la suite les raisons pour lesquelles une législation annule sans pouvoir briser et l'autre annule et brise. Nous serons bref cependant. Il ne s'agit pas en effet de faire ici, un exposé complet des théories civiles du mariage, nous ne devons en parler que dans la limite où leur connaissance doit nous aider à illustrer notre sujet.

DE LA FORMATION DU LIEN EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

PRÉLIMINAIRES

RAPPEL DES PRINCIPES

Dans notre ancien droit Français, sous les Mérovingiens et les Carlovingiens, la législation civile, en matière de mariage, tend constamment à se fondre dans la législation canonique. Le processus du mouvement peut être ainsi indiqué : l'Eglise commence par faire passer ses décisions dans le domaine officiel et public. Ce travail d'assimilation est terminé au IX^{e} siècle ; jusqu'au X^{e} siècle elle va tendre à acquérir un pouvoir de juridiction, sur les causes matrimoniales. Celui-ci acquis, l'absorption est complète. Pendant six siècles elle légifèrera seule, mais à partir du XVI^{e} siècle, un mouvement de réaction se produira. Les légistes commenceront par revendiquer pour le pouvoir civil le droit de poser des empêchements, mettront à profit la querelle des théologiens sur le point de savoir si dans le mariage le contrat est matière distincte du sacrement, ou si les deux sont un et indivisible, en soutenant l'opinion de ceux qui voyaient là deux choses distinctes, reconquéront le droit de connaître des effets pécuniaires du mariage et préparont ainsi la sécularisation du mariage, prononcée en 1791 par l'Assemblée Constituante.

Ainsi du V^{e} au X^{e} siècle mouvement d'absorption,

le droit civil cède du terrain du Xe au XVIe siècle, l'absorption opérée le droit canonique règne en France, du XVIe au XVIIIe mouvement de réaction, le droit canonique perd du terrain et le divorce entre les deux législations est consommé le 20 septembre 1792.

DE LA FORMATION DU LIEN

1. Définition : contrat d'aide et d'assistance. — 2. Nature : contrat solennel, — 3. Essence : consentement et prononcé de la sentence de l'union par l'officier de l'Etat civil. — 4. Formes, solennités, présence de l'officier de l'Etat civil, de deux témoins. — 5. Effets, droits et devoirs, légitimités des enfants :

§ 1er. — Définition.

L'une des principales causes du désaccord qui règne entre le droit canonique et le droit civil, réside dans la conception différente, que se font du mariage ces deux législations. Alors que le droit canonique, voit dans la procréation le but primordial du mariage, les civilistes ne le considèrent que comme « un contrat civil et solennel par lequel l'homme et la femme, s'unissent en vue de vivre en commun, de se prêter mutuellement assistance et secours, sous la direction du mari, chef du ménage » (1). Ainsi en droit français, le mariage est plutôt une association d'intérêts, qu'une institution destinée à perpétuer l'espèce ; pourquoi dès lors soustraire le mariage aux règles ordinaires des contrats et le rendre indissoluble ? Le contraire eut été illogique, et si nous nous

(1) Collin et Capitant. Droit civil. T. I. Page 113.

rendons compte de l'état d'esprit des législateurs de 1792, disciples de J.-J. Rousseau, pour qui toute idée de perpétuité était destructive de liberté, nous conviendrons que la solution donnée, est logique, et qu'il n'a fait que tirer une conséquence rigoureuse du principe de liberté, qu'il a inscrit au fronton de l'édifice social construit sur les ruines de l'ancien.

§ 2. — Nature.

Comme l'Eglise, le droit civil voit dans le mariage un contrat dont la conclusion dépend du consentement des époux, contrat soumis à des règles spéciales quant à sa formation et qui, comme les autres, résulte d'un accord de volonté et lie les deux parties par des obligations mutuelles. Comme en droit canonique ce contrat est un, mais il est dirruptible, sous certaines conditions que nous examinerons en étudiant les causes de rupture.

§ 3. — Essence.

Ici encore nous retrouvons quelque analogie avec le droit ecclésiastique. Le consentement des époux, consentement libre, mutuel et externe, est requis, en droit français, pour la formation du mariage. Mais il n'est pas seul requis. En effet si l'un des époux venait ou à mourir ou à se rétracter avant le prononcé de la formule d'union, par l'officier de l'état civil, aucun des effets du mariage ne se produirait. Deux choses ici concourent donc à la for-

mation du contrat : le consentement des époux, les paroles sacramentelles de l'officier de l'Etat civil. Cette solution contraire à la tradition historique, ne repose sur rien. Le législateur civil ayant maladroitement copié le législateur canonique, s'est mépris souverainement sur le rôle que joue le prêtre, dans la formation du contrat religieux.

§ 4. — Formes.

Ce consentement doit être échangé en présence de l'officier de l'Etat civil, devant deux témoins par les époux eux-mêmes (1) dans un endroit public (en pratique à la mairie). Aussitôt après la lecture de la loi, l'acte instrumentaire est rédigé et signé.

§ 5. — Effets.

Ici le code civil adopte les mêmes principes au sujet de la paternité que le droit canon. Ce fait ne pouvant être prouvé par la preuve directe, les deux législations ont été obligées d'admettre sur ce point, la présomption établie par le droit Romain : « *pater is est...* » Cependant, en présence des graves inconvénients inhérents à l'établissement de cette présomption qui eut eu pour conséquences d'imposer le far-

(I) Nous ne faisons pas état ici de la législation spéciale du temps de guerre qui admettait le mariage par procuration.

deau de la paternité à celui qui manifestement n'avait pas concouru à la conception, les deux législations, ont été obligées d'admettre qu'elle était susceptible de céder devant la preuve contraire. Aidées en celà des lumières des gynécologues elles ont assigné à la grossesse, des délais minimum et maximum au-delà desquels le mari, père supposé, peut introduire devant les tribunaux une action en désavœu : 180 jours depuis la formation et 300 jours depuis la dissolution du mariage, sont les délais minimum et maximum que le législateur indique, pour que l'enfant soit réputé né des œuvres du mari. On aperçoit sans peines les graves conséquences de ce principe, relativement à l'état des familles. Il ne rentre pas dans le plan de notre étude, de l'étudier ; nous devions cependant le mentionner pour montrer l'influence prépondérante que le droit Canon a exercé sur la formation de notre droit civil.

Il est encore un point sur lequel ces deux législations se rencontrent. Que vont devenir les enfants qui voient le mariage de leur parent déclaré nul. Si l'on appliquait les principes dans toute leur rigueur, il faudrait les considérer comme illégitimes, le mariage nul étant réputé n'avoir jamais existé. Ainsi on ferait supporter à des innocents la faute ou l'ignorance de leurs auteurs. Pour parer à ce danger les deux législations ont introduit la théorie des mariages putatifs qui fait bénéficier les enfants de la bonne foi d'un de leurs auteurs.

CONCLUSIONS

Nous avons passé rapidement sur le mariage en droit civil français, car dans l'ensemble au témoignage d'Esmein, il ne fait que « reproduire, séculariser et légèrement modifier les règles auxquelles le droit canonique était arrivé complété par la jurisprudence de l'ancienne France ». C'est pourquoi nous n'avons pas cru devoir insister sur la nature, l'essence, les formes et les effets du mariage. Mais au risque de nous répéter nous devons revenir à la fin de cette première partie, afin d'avoir une vue d'ensemble, sur la conception du mariage en droit civil et en droit canon. Là est le nœud de la question.

Le législateur ecclésiastique ne voyant dans la procréation et l'éducation des enfants, que la raison d'être du mariage et la justification des rapports sexuels, ne peut laisser les époux, souverains juges des motifs qui doivent présider à leur séparation. L'Église dans une matière aussi grave, se devait de prendre en main l'intérêt des enfants. Cependant tout en les défendant, elle ne pouvait rester insensible, aux effets désastreux du principe de l'indissolubilité appliqué dans toute sa rigueur. Car dans le cas le plus fréquent : l'adultère, cause de la plupart des maux dont souffre le foyer il n'est rien moins prouvé, que Dieu n'ait pas permis à l'homme de renvoyer la compagne qui vient de trahir la foi.

C'est pourquoi ayant à choisir entre deux solutions, ou permettre ouvertement la rupture du lien, et par là compromettre la stabilité du foyer, ou appliquer strictement le principe de l'indissolubilité, et alors condamner les époux gravement atteints au désespoir et les rejeter hors du bercail, l'Eglise a adopté un moyen terme : ne pas encourager les époux en ne définissant pas certaines causes comme susceptibles d'entraîner *ipso facto* la dissolution, mais non plus ne pas les désespérer en refusant obstinément d'écouter leurs doléances : ne pas se lier les mains, mais demeurer toujours juge souverain des raisons que les époux apportent pour légitimer leur séparation. Le législateur civil n'avait pas à avoir les scrupules de l'Eglise. Ne voyant dans le mariage qu'une association destinée à protéger les intérêts matériels des parties contractantes, ne se préoccupant qu'indirectement de ce qui dans l'autre législation, constitue la fin primordiale du mariage, se trouvant en dehors et au-dessus des préoccupations confessionnelles de ses sujets, il n'avait qu'à se demander si la conception du mariage-contrat d'association lui permettait de prononcer dans certains cas donnés, la rupture du lien. Or de l'examen de la conception civile du mariage que nous venons d'exposer, il ne résulte pas, que le législateur ne puisse, sous certaines conditions, prononcer la rupture du lien. Souverain maître en matière de mariage, considéré comme contrat civil, il est libre de donner ou non à ce lien, un caractère d'indissolubilité. Il ne doit être guidé que par l'intérêt supérieur des époux, des

enfants, et de la société. Or l'intérêt des époux et de la société ne s'oppose pas absolument à la dissolution du lien, seul l'intérêt des enfants, pourrait militer en faveur de sa perpétuité. Mais réservons cette question pour le moment où nous étudierons la loi de 1884.

Ayant ainsi mis en lumière les différences qui séparent les deux législations nous nous rendrons compte plus aisément des raisons qui poussent le droit canon et le droit civil, pour guérir le mal dont souffrent les époux, à faire usage de deux remèdes différents, dont l'un plus efficace, efface toute trace de mal, et l'autre moins énergique laisse subsister sur le corps la cicatrice de la plaie.

Mais avant d'étudier ces causes de rupture, examinons les motifs qui président au relâchement du lien. Nous comprendrons ainsi pourquoi en présence des résultats négatifs donnés par l'application de ce remède bénin qu'est la séparation de corps, le législateur ecclésiastique et le législateur civil ont été *nécessairement amenés* à faire usage de ces remèdes violents que constituent l'annulation et la rupture du lien matrimonial.

DEUXIÈME PARTIE

DU RELACHEMENT DU LIEN EN DROIT CANON ET EN DROIT CIVIL

DE LA SÉPARATION DE CORPS

PRÉLIMINAIRES

Le remède qui durant plusieurs siècles fut uniquement appliqué aux maladies dont un foyer chrétien se trouvait atteint, constituait moins un remède destiné à guérir, qu'un calmant, destiné à endormir la douleur. Aux époux désunis, l'Eglise ne pouvait offrir que la séparation de corps, et le droit civil jusqu'au 20 septembre 1792, trop inféodé au droit canon, ne connaissait pas d'autres solutions.

Ce remède, en maintenant le devoir de fidélité, ne pouvait laisser aux époux un espoir de guérison. Solution bâtarde qui contenait en elle-même tous les germes malfaisants constatés depuis dans le divorce. Solution inefficace qui n'apaisait pas les haines. Solution dangereuse qui en interdisant la reconstruction d'un autre foyer poussait les époux dans la voie obligatoire du concubinage adultère. Que vont devenir cet homme et cette femme, dispensés par la justice de l'obligation de vivre en commun que la loi leur imposait. Que vont devenir les enfants entre leurs parents divorcés en fait, et quels exemples vont-ils avoir sous les yeux ?

Toutes les critiques que l'on adresse au divorce peuvent être adressées légitimement à la séparation, avec beaucoup plus de fondement. Le divorce, logique, brise les liens, la séparation les relachant, laissant subsister l'obligation de fidélité, supprime les avantages du mariage et en maintient seulement les in-

convénients, inconvénients qu'elle était chargée de faire disparaître. Elle constitue donc un mal venant se surajouter à celui qu'elle devait guérir. Dans ces conditions devons-nous nous y appesantir ?... Nous ne le pensons pas. Ne constituant pas un remède, elle doit être négligée par nous, non pas totalement afin de montrer que si les deux législations ont recouru au divorce et aux nullités, elles y ont été contraintes par l'insuffisance des moyens précédemment employés.

CHAPITRE I

LA SÉPARATION DE CORPS EN DROIT CANON

Pour quatre causes, l'Eglise permet aux époux chrétiens de cesser la vie commune qu'elle leur avait imposée. Communauté qui, si elle ne participe pas de l'essence du mariage participe au moins de son intégrité.

1· Pour l'adultère de l'un ou de l'autre conjoint. Cet adultère doit être :

A Formel et coupable, c'est-à-dire accompli volontairement en violation de la foi conjugale ;

B Consommé, il faut que l'acte soit susceptible d'entraîner la conception,

C Certain. D. Non réciproque.

E Ni permis, ni toléré.

2· Pour l'abandon de la vraie religion, pour l'apostasie ou l'hérésie ;

3· Pour un danger grave soit de l'âme, soit du corps ;

4· Par consentement mutuel, dans un but honorable. Par exemple l'entrée en religion,

Il est à remarquer ici que par la séparation, l'Eglise n'autorise que la cessation de la vie commune *quoad thorum* et *quoad mensam*. C'est le seul remède que l'Eglise propose à l'époux trompé. Il faut convenir

qu'il est bien bénin. Pense-t-elle que l'époux qui s'est séparé pour cause de mauvais traitements par exemple, sera un jour disposé à reprendre la vie commune ? Ce n'est pas probable. En revanche à quel danger n'expose-t-elle pas l'autre époux en lui imposant malgré lui, un vœu de chasteté ? Dans ces conditions était-il besoin de s'arrêter davantage à une pareille solution ? nous ne l'avons pas cru.

CHAPITRE II

LA SÉPARATION DE CORPS EN DROIT CIVIL

Le législateur Français, pénétré de l'insuffisance du remède en usage dans le droit canon, laissa subsister à côté du divorce la solution bâtarde de la séparation. Dans sa pensée elle devait constituer le divorce des catholiques. Le discours prononcé par le conseiller d'Etat Treilhard, le dix neuf ventôse an II, ne laisse aucun doute à ce sujet « le pacte social garanti à tous les Français, la liberté de leurs croyances, des consciences délicates peuvent regarder comme un précepte impérieux l'indissolubilité du mariage, si le divorce était le seul remède offert aux époux malheureux ..... ne les mettrait-on pas dans la dure nécessité d'opter entre une lâcheté et le malheur de toute leur vie..... l'époux qui aura le droit de se plaindre, pourra former à son gré l'une ou l'autre demande ». Mais ce qui prouve encore mieux ce que nous affirmions plus haut, c'est le fait que la séparation comme le divorce, doit être demandé. Elle peut l'être par les deux époux. Les causes en sont les mêmes. Dès lors pourquoi pour les mêmes faits deux solutions différentes ? Cette solution ne s'explique que par le désir qu'anime le législateur français de permettre aux consciences de rester soumises à leurs lois reli-

gieuses, sans être dans la nécessité ou de fausser leur croyance ou de succomber sous le joug qu'elles ne peuvent plus supporter. C'est la légitimation d'une solution qui en dehors de cette idée de tolérance, ne se justifie par aucune autre raison.

Ainsi d'une part le législateur ecclésiastique n'admet la séparation que pour ne pas être taxé d'intransigeance en n'admettant comme valable aucun motif à la séparation des époux, se réservant en fait le droit de prononcer la nullité du mariage, dès que la maladie ayant atteint un certain degré de gravité, ne laissera plus aucun espoir de guérison. Dans ces conditions, cette mesure ne nous apparaît plus que comme un manteau derrière lequel, pour le plus grand bien de la société, l'Eglise abrite le divorce réel que constituent les nullités de mariage. D'autre part, le législateur civil n'admet cette même séparation que par tolérance pour les âmes scrupuleuses chez qui l'idée seule du divorce, suffit à évoquer les foudres de l'Eglise. Dans ces conditions, est-il besoin d'insister sur un remède, sur l'efficacité duquel les deux législations ne se font aucune illusion ? Sinon les canonistes admettraient-ils les nombreuses nullités que nous allons expliquer et le législateur civil admettrait-il la conversion de la séparation de corps en divorce au bout de trois années ? Il est permis d'en douter.

TROISIÈME PARTIE

DE LA RUPTURE DU LIEN EN DROIT CANON ET EN DROIT CIVIL

HISTORIQUE

Si nous remontons aux siècles qui ont précédé l'ère chrétienne, nous constatons que le divorce était, des moyens de rupture, le plus connu et le plus usité. Les époux pouvant rompre, pour ainsi dire à leur gré, le lien qui unit, ne vont pas se lancer dans des contestations juridiques. Tout au plus les causes de nullités pour vices de fonds et de formes pouvaient-elles êtres soulevées par les personnes intéresséees pécuniairement à la dissolution du lien. Mais dès l'apparition du Christianisme, il n'en fut plus de même. Le principe d'indissolubilité posé, les époux désunis eurent le plus grand intérêt à rechercher toutes les causes qui pouvaient faire déclarer nul leurs liens. Cependant l'étude des nullités ne présenta qu'un intérêt médiocre jusqu'à la chute de l'Empire Romain, le divorce continuant à demeurer en vigueur. Mais à compter de ce moment là l'Eglise acquérant une influence prépondérante, il n'y eut plus particulièrement en France à partir du XIII[e] siècle que cette porte ouverte par laquelle les époux purent s'élancer vers la liberté. Dans la suite la Révolution française avec la la sécularisation, autorisa officiellement la rupture du lien. Cette étude n'en perdit pas pour celà de son intérêt. La Législation Canonique régissant la plupart des consciences Françaises, ces âmes eurent intérêt, divorcées au civil, à demander à la puissance religieuse

la régularisation de leur état. C'est pourquoi, nous approfondirons le plus possible cette étude.

C'est un fait constant que presque toutes, pour ne pas dire toutes les législations qui régissaient les peuples avant l'apparition du christianisme, paraissent avoir admis le divorce. L'Église qui dans sa législation, s'est inspiré surtout des coutumes hébraïques et des lois Romaines, s'est sur ce point nettement séparée de ces deux législations et la première dans le monde imposa à ses fidèles la perpétuité du lien.

Les Juifs ne connurent jamais le principe de l'indissolubilité. Mais alors qu'à l'origine, ils ne recourraient à ce moyen que dans des cas exceptionnels, ils finirent dans les années qui précédèrent la venue du Messie, par le pratiquer avec une extrême facilité.

Dans la première période qui va de Moïse à la première captivité de Babylone, le Juif, hors des cas de stérilité, de lèpre et d'adultère, n'employait le divorce que dans des cas très graves. Faut-il voir dans cette rareté la conséquence de l'obligation qui contraignait le mari à remettre à la femme répudiée une lettre de divorce ? Peut-être. En ce temps là en effet les Israëlistes en général ne savaient pas écrire, ils avaient pour celà recours aux bons offices des Prêtres, et ceux-ci mettaient toute leur influence à persuader le mari de reprendre sa femme, ils y réussissaient souvent.

Dans la seconde période qui va du retour des Juifs dans leur patrie jusqu'à l'avènement du Messie, les Israëlistes, multiplièrent les résiliations, le plus sou-

vent pour épouse des païennes, ils provoquèrent ainsi par la licence de leurs mœurs la malédiction des Prophètes (1).

Ces excès provoquèrent une réaction en sens contraire et au moment où le Christ commença ses prédications, deux écoles se partageaient les Docteurs de la Loi. L'une l'Ecole de Samaï enseignait que la répudiation n'était permise que pour « un défaut grave et honteux », l'autre, l'Ecole d'Hillel reconnaissait deux cas de divorce et non plus un seul : si l'épouse ne trouvait pas grâce aux yeux de son époux ; s'il découvrait en elle quelque chose de honteux (2)

C'est cette dernière opinion qui se manifeste dans la demande que les Pharisiens posèrent au Christ *si licet homini dimittere uxorem suam quacumque ex causa* à quoi le Christ répondit *omnis quid dimittit uxorem suam, nisi ob fornicationem et aliam duxit mœchatur* (3).

Cette réponse ne départagea pas les docteurs de la loi et divisa par la suite les Théologiens de l'Eglise elle-même.

A Rome à aucune époque le mariage ne fut indissoluble. Ni avant la Loi des Douze tables, ni depuis cette loi jusqu'à Constantin, ni même sous les Empereurs Chrétiens.

(I) Malachie II. II à 16.

(2) Glasson. Le mariage civil et le divorce dans les principaux pays de l'Europe. page 148.

Jules Cauvière, le divorce et le lien conjugal. page 8.

(3) St-Mathieu, XVIIII. 9.

Antérieurement à la loi des Douze Tables, le Législateur n'avait autorisé le divorce, que dans un nombre de cas très restreint afin d'assurer la grandeur future de la Cité.

Ce fut : pour sorcellerie, ivrognerie et adultère (1).

De la loi des XII Tables à Constantin et principalement dès la fin de la République, les causes de divorce devinrent très nombreuses et l'on en arriva au divorce par consentement mutuel, et par la volonté d'un seul.

Avec Constantin l'influence de l'Eglise pénètre la législation Romaine. Les Pères de l'Eglise étant hostiles au divorce, les Empereurs Romains le virent d'un mauvals œil, mais sans jamais l'abolir. Il faut en arriver en France aux Capitulaires pour voir le divorce sous l'influence grandissante du droit canonique proscrit d'un pays, et les rois de France jusqu'à Louis XVI, maintinrent scrupuleusement cette doctrine.

L'année 1792 vit, avec la Monarchie renversée, l'Eglise persécutée, le divorce promulgué sur la proposition du député Albert Dufayet. Les Constituants imprégnés comme ils étaient des théories des philosophes du XVIII^e siècle, considérant combien il importe de faire jouir les Français de la faculté du divorce, qui résulte de la liberté individuelle, dont un engagement indissoluble serait la perte, firent de leur principe de liberté l'application la plus large,

---

(1) Accarias, précis de droit Romain. pag. 240.

en laissant aux époux le choix soit quant aux causes mêmes du divorce, soit quant aux modes d'y arriver.

Les conséquences de ces principes ne devaient pas tarder de se manifester. Les divorces furent bientôt si nombreux que l'opinion publique en fut effrayée, et le 20 juillet 1795, le député Mailhet s'écriait de la tribune « la loi du divorce est plutôt un tarif d'agiotage qu'une loi », cependant personne n'osa l'abolir.

Le Code civil lui-même le maintint mais seulement comme remède en en restreignant les causes qui ne furent qu'au nombre de trois : adultère, sévices, excès, injures graves, condamnation à une peine afflictive et infamante. Le divorce par consentement mutuel fut cependant maintenu, mais où nous voyons la réaction contre les abus nés de la Législation révolutionnaire se manifester c'est dans la procédure excessivement longue, touffue et compliquée, dont on entoura désormais le prononcé de la sentence. C'est pourquoi jusqu'en 1816, date de son abrogation, le divorce, tel qu'il fut réglementé par le code civil, ne donna lieu à aucun abus. C'est un point que ses adversaires eux-mêmes reconnaissent. (1)

Mais dès la Restauration de la Monarchie. M. de Bonald, dans la séance de la Chambre des Députés du 26 décembre 1815 demanda « que sa Majesté soit suppliée d'ordonner que les articles du code relatifs au divorce soient supprimés » la loi du 8 mai 1816 donna satisfaction à ce vœu.

(I) Glasson op. cit. P. 266.

Cette loi à la fois d'un caractère politique et religieux assura la vengeance de l'Ancien régime. Les députés et les pairs voulurent donner à l'Ancienne Société française et à l'Eglise, une certaine satisfaction. On n'a pour s'en convaincre qu'à lire le rapport que M. de Trinquelague lut à la chambre des députés le 18 février 1816, où il est dit notamment : « la loi civile qui permet le divorce est en opposition avec la loi religieuse, la loi civile empruntant sa plus grande force à la loi religieuse, il est contre nature d'induire les citoyens à la mépriser, il faut pour les concilier qu'une des deux fléchisse..... c'est donc à la loi civile à céder. L'interdiction du divorce prononcée par la loi religieuse doit être respectée par elle ». M. de Trinquelague fut écouté et cette prohibition dura jusqu'au 29 juillet 1884, non sans avoir eue à subir de nombreux assauts principalement de la part de M. Bavaux. L'attaque menée par M. Naquet devait la faire tomber et l'année 1884 vit les anciennes dispositions du code relatives au divorce remises en vigueur. Ce ne fut pas sans de nombreux efforts.

Le principe du divorce avait été l'objet d'une lutte acharnée qui tant à la Chambre qu'au Sénat, ne devait pas durer moins de huit mois. Partisans et adversaires apportèrent à leur thèse, des raisons très souvent convainquantes, et que nous étudierons dans le jugement que nous porterons sur cette loi.

Les partisans ne l'emportèrent qu'en déclarant que « les magistrats ne prononceraient le divorce que dans des circonstances extrêmes pour lesquelles le législa-

teur aura réservé un recours qui, à ses yeux mêmes n'a rien de favorable », il semblait donc que le divorce ne devait être accordé que très rarement par des tribunaux méticuleux.

Mais depuis..... le divorce une fois institué est tellement entré dans nos mœurs que les magistrats se sont vus dans l'obligation de laisser flotter les brides, et le législateur a consacré cette pratique en rendant par la loi du 6 juin 1908 presque automatique la conversion en divorce de la séparation de corps.

Ainsi ce principe dont les origines se perdent dans la nuit des temps constamment attaqués se voit chargé des pêchés d'Israël. Principes de vie ou de mort, suivant l'usage que l'on en fait, il forme le palliatif nécessaire aux maux dont nous portons par suite de la versatilité de nos cœurs le germe en nous mêmes. Remède nécessaire au mal des unions malheureuses ; il doit tel un poison violent susceptible de guérir ou de tuer suivant la dose, être administré avec une extrême prudence. C'est ce que l'Eglise a compris de tous temps, car tout en posant le principe de l'indissolubilité du mariage, elle corrige la rigueur de ce principe dans la mesure où elle le juge nécessaire par sa théorie développée des nullités.

C'est cet accord secret de deux législations en apparence opposées que nous voulons démontrer. Les principes ramenés à leurs portées véritables nous permet-

tront conclure, que l'Eglise comme le pouvoir civil admet le divorce comme un remède à un mal. Pour administrer ce remède, l'une et l'autre législation ont une theurapeutique distincte, mais leur but est commun : rendre l'espoir à ces époux malheureux que des liensindestructibles condamneraient au désespoir.

DE LA RUPTURE DU LIEN EN DROIT CANONIQUE

PRÉLIMINAIRES

La Thérapeutique adoptée par l'Eglise pour combattre le mal dont souffrent les époux désunis consiste à voir dans l'instance introduite devant ses tribunaux une action judiciaire dirigée contre le mariage lui-même, Le prononcé de la sentence aura pour effet de replacer les pseudos-époux dans la situation antérieure, et aux yeux de l'Eglise, de faire considérer ce mariage qu'elle vient de briser comme inexistant. Ainsi l'on aperçoit le détour que fait le juge ecclésiastique pour aboutir au même point d'arrivée que le juge civil.

Détour nécessaire, dans son esprit, pour sauvegarder la dignité du foyer et pour ne pas inciter les époux dont le mal est guérissable, à user avec trop de facilité de ce remède violent destiné à ceux là seuls dont on ne peut espérer obtenir différemment la guérison.

Ainsi le juge ecclésiastique ne dira point aux époux « vous avez été mariés mais je déclare qu'à dater de ce jour vous ne l'êtes plus » non mais il dira « il est évident que vous n'avez jamais été mariés, je constate que votre union n'a jamais eu les caractères d'un mariage, malgré les apparences qu'elle pouvait avoir soit à vos yeux, soit aux yeux des autres » la différence bien marquée est facile à saisir. Il ne s'agit pas de rompre une union, mais de constater qu'il n'y en

a jamais eu ; par quels moyens arrivera-t-on à cette conclusion ?

Les développements qui vont suivre ont pour but de répondre à cette question. Les moyens sont nombreux. Il sera facile au juge de déférer aux désirs des époux, en recherchant parmi tant d'autres la nullité la mieux appropriée. Le mariage sera nul et non avenu, le résultat recherché par les parties sera atteint, la prohibition du Concile de Trente sera respectée. Faut-il pour s'en convaincre rappeler le mot de Thiers parlant de la cassation du mariage de Napoléon avec Joséphine de Beauharnais (1) mariage cassé devant les deux juridictions diocésaines et métropolitaines « avec la décence convenable et la pleine observance du droit canonique ». (1)

Le mariage étant aux yeux de l'Eglise un contrat dont la cause efficiente est le consentement librement donné, toute l'argumentation se ramène à ceci. « Tout ce qui rend nul un contrat rend nul le mariage, puisque, entre chrétiens, le contrat est sacrement, et le sacrement, contrat ». Dès lors qu'une cause quelconque rendant nul un contrat se rencontre en notre matière, on est fondé à introduire une action en nullité devant l'officialité diocésaine. Ce tribunal est seul compétent, pour rendre la

---

(I) Thiers. Histoire du Consulat et de l'Empire. T. II. P. 349.

liberté aux époux. Les intéressés n'ont pas le droit de se faire justice eux-mêmes et se rendant compte que leur mariage est nul, ils ne peuvent de leur propre autorité, convoler en justes noces avec une autre personne, excepté dans le cas ou le mariage contrat n'a pas, selon l'expression des canonistes « *speciem seu figuram matrimonii* ».

Le mariage invalide peut en effet revêtir un double aspect : 1° Il peut avoir l'apparence de la validité, en ce cas il faudra le prononcé d'une sentence pour rendre leur liberté aux époux, car jusque là ils tombent sous la présomption « *in dubiis standum est pro valore matrimonii* » ; 2° Il n'a pas l'apparence d'un mariage en sorte que ce contrat ne supporte pas un instant l'examen, et que les parties sont manifestement en concubinage.

C'est pourquoi notre étude se divisera naturellement en deux grandes parties :

Dans la première nous examinerons le contrat ayant *Figuram seu speciem matrimonii.*

Dans la seconde le contrat n'ayant pas *Figuram seu speciem matrimonii.*

Dans chacune d'elles nous examinerons les nullités qui leur sont propres et nous terminerons en indiquant la procédure à suivre pour intenter une action en nullité.

SECTION I

Le Contrat à « Speciem seu Figuram Matrimonii »

Le droit au rapprochement sexuel *ad prolis generationem* forme, selon la doctrine de l'Eglise, la matière même du contrat sacrement. Ce droit résulte de la volonté même de l'époux, tour à tour acceptant et offrant. Ainsi le contrat est parfait lorsque deux conditions se trouvent réunies : 1· Un consentement valable a été donné à cette dation-acceptation du *jus ad copulam*; 2· Il a été fait usage de ce droit,

L'étude de ces deux conditions devraient marquer la division de cette partie. Les nullités de mariage étant en effet ordonnées vers cette double fin : acceptation du coït et consommation du coït.

Néanmoins ce n'est qu'en traitant du mariage consommé qu'il est d'usage d'étudier les causes qui président à la dissolution. Celui-là seul est en effet susceptible d'être attaqué devant les tribunaux. Le juge lorsqu'il se trouve en présence d'un mariage non consommé n'en prononce pas la nullité, mais accorde seulement dispense de le consommer. C'est pourquoi nous traiterons seulement ici du mariage consommé, nous reservant de traiter, la dispense du mariage non consommé lorsque nous examinerons la procédure à suivre pour l'instruction des demandes en nullités.

Le Mariage est consommé

Si le contrat ne renferme en lui même aucune cause de nullité, la consommation a pour effet de le rendre parfait, et inattaquable. Il convient donc d'examiner des l'abord, quels moyens le coït consommé, les époux peuvent faire valoir devant les tribunaux pour demander à ceux ci l'annulation de leurs liens.

Logique avec sa théorie du mariage-contrat, l'Eglise, admet toutes les causes de nullité qui peuvent rendre un contrat nul et non avenu. Ces causes peuvent se rapporter :

A. - A la capacité des contractants.

B. - Au consentement cause efficiente des contrats; C'est pourquoi, le juge acclésiastique qui a à se prononcer sur la validité d'un mariage doit se demander.

I. Les deux parties ou l'une d'elles étaient elles habiles à contracter.

II. Le consentement donné l'était-il validement.

Le Contractant était inhabile à contracter

Toute personne inhabile à contracter mariage l'est par suite de l'existence d'un empêchement dirimant. Le consentement eut-il toute sa valeur, et les formes ordonnées par la loi eussent elles été sauvegardées, un contrat quelconque peut se trouver nul parceque la loi a frappé certaines catégories de personnes de l'incapacité de contracter.

Cette incapacité peut être posée soit par le Droit divin, auquel cas nulle puissance ne peut la lever, soit par le droit canonique, l'Eglise peut alors dans ce cas en accorder dispense.

Ce sont ces empêchements qui, de leur nature, dirime le mariage que nous allons examiner.

CHAPITRE I

LE DÉFAUT D'AGE [1]

Normalement le défaut de raison prive la partie déficiente de la faculté de contracter. Le mariage étant avant tout un contrat, là ou la raison n'existe pas, il ne peut y avoir de consentement. Mais le point difficile est de savoir à partir de quel âge on peut reconnaître à l'individu le pouvoir de perpétuer son espèce. Sur ce point *tot capita tot sensus*. Certains individus plus précoces voient leurs facultés de génération se développer plus tôt. D'autres, sous diverses influences, ne les voient apparaître que fort tard. L'Eglise, ici, adopte un moyen terme. Elle décide que l'homme avant 14 ans et la femme avant 12 ans révolue, ne peuvent validement contracter mariage. Cependant, si avant cet âge des enfants veulent se prendre pour époux, l'Eglise n'oppose pas à cette demande une fin de non recevoir absolue, si de l'enquête effectuée par l'Ordinaire, il résulte : 1° Une faculté *actuelle* d'engendrer, faculté qui se prouve en général par la grossesse. -- 2° Une certaine maturité d'esprit. Il faut en tout état de cause une dispense de

(1) Canon 1068.

l'autorité ecclésiastique. Ce cas ne peut en pratique se rencontrer chez nous, étant donné l'obligation à laquelle les curés se trouvent astreints de ne procéder à la cérémonie religieuse qu'une fois la cérémonie civile accomplie. Or le code n'autorise le mariage que lorsque les époux ont atteints respectivement 18 et 16 ans. Nous mentionnons cet empêchement pour mémoire et n'en tirons aucune conclusion.

CHAPITRE II

L'IMPUISSANCE [1]

Le mariage rompu pour cause d'impuissance est une autre conséquence de la notion du mariage-contrat. Selon la définition déjà donnée, chacune des parties s'engage l'une vis à vis de l'autre, à satisfaire au rapprochement sexuel. Or, de même que dans les autres contrats l'obligation ne peut naître si l'une des parties s'est engagée à donner ou faire quelque chose que dans la suite elle ne peut donner ou faire, de même dans le mariage si, du fait d'une partie le rapprochement sexuel ne peut s'opérer, cette partie là manque à l'obligation prise, il n'y a dès lors plus contrat.

Cette question est une des plus controversée qui soit en droit canonique, car il s'agit de s'entendre sur le mot impuissance et savoir si c'est l'impuissance de s'accoupler, ou l'impuissance de féconder qui va dirimer le contrat.

Nous ne croyons pas utile de rentrer ici dans de longs détails concernant la physiologie de l'homme ou de la femme. Ceux que cette curiosité piquerait pour-

(I) Canon 1068.

ront consulté à leur aise les casuistes qui, sur ce point donnent d'aussi longs détails que ceux qui font profession d'étudier l'histoire naturelle de leurs semblables.

Nous allons d'abord en définir les termes, nous nous demanderons ensuite laquelle des deux dirime le mariage *et par quelques cas concrets nous terminerons ce chapitre.*

*
* *

Il est dit dans la Genèse au chapitre II verset 24 «l'homme laissera son père et sa mère pour suivre sa femme, alors ils seront deux dans une seule chair». Pour l'accomplissement des paroles sacrées et, partant, pour la validité du mariage, l'Eglise exige : l'intromission du membre viril de l'homme dans le vagin de la femme, et l'effusion de la liqueur séminale. Il est ainsi demandé à l'homme une faculté de pénétration et d'effusion, et à la femme une conformation des organes génitaux telle qu'aucun obstacle ne s'oppose à la pénétration. L'impossibilité dans laquelle se trouve les époux de réaliser cette condition constitue l'impuissance de s'accoupler.

Il semble ainsi à première vue que l'impuissance de s'accoupler doive seule constituer l'empêchement dirimant du mariage, mais si nous nous souvenons que la fin primordiale du mariage est la procréation nous nous rendrons compte que cette condition n'est exigée qu'en vue de la fécondation des ovaires de la femme. D'où il suit que, si, malgré cette intromission

et cette effusion, la fécondation ne s'en suit pas, l'une des deux parties, ou toutes les deux, sera dans l'impuissance d'enfanter.

C'est ici alors que l'embarras des canonistes est fort grand. Quelle est l'impuissance qui va dirimer le mariage ? Est-ce l'impuissance de s'accoupler ? Est-ce l'impuissance d'enfanter ?

Question très disputée, les uns disent l'impuissance d'enfanter ou stérilité sont termes synonymes, or la stérilité, n'est pas un empêchement dirimant, donc il n'y a que l'impuissance de s'accoupler qui puisse rompre le mariage.

Non pas disent les autres, ce raprochement sexuel est incomplet qui met obstacle à l'accomplissement du but nécessaire du mariage, donc l'impuissance où sont les époux d'engendrer dirime le mariage.

Déjà au temps de St-Thomas d'Aquin, on discutait à perte de vue sur cette question que le Saint-Siège n'a jamais tranchée, se contentant d'examiner chaque cas particulier. Notre intention n'est pas d'essayer de dirimer la controverse, il est probable que longtemps encore on discutera. C'est pourquoi nous laisserons de côté le cas où la fécondation n'a pas lieu, le rapprochement sexuel opéré car il n'existe pas ici de solution d'ensemble mais une serie de solutions particulières dont on ne peut dégager aucune idée objective et n'examinerons que le cas d'impuissance à s'accoupler ; ici en effet la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à déclarer qu'il n'y a pas mariage. Le champ est assez vaste pour permettre au juge

ecclésiastique d'adapter aux cas que nous allons étudier, le cas concret qu'il aura à trancher.

L'impuissance à s'accoupler, telle que nous l'avons définie, peut ou non être antérieure au mariage. Ici encore les théologiens ne sont pas d'accord pour savoir s'il faut ou non constituer une présomption d'antériorité. Le point est cependant capital, car selon leur doctrine, seule l'impuissance antérieure au mariage le dirime. Cette discussion comme tant d'autres est oiseuse, car en général les époux ne peuvent se rendre compte de leur aptitude réciproque au rapprochement sexuel, qu'une fois la cérémonie religieuse terminée, et les casuistes, si experts soient-ils en cette matière, ne peuvent procéder eux mêmes à l'examen des faits, ils sont obligés d'en laisser le soin aux médecins, qui, ici, seront vraiment les seuls juges.

Cette impuissance antérieure doit, de plus être perpétuelle, c'est-à-dire non susceptible de guérison par des moyens qui ne mettent pas la vie du patient en danger.

En posant ainsi l'impuissance comme empêchement dirimant, l'Eglise ne tempère-t-elle pas très sensiblement la rigueur du principe de l'indissolubilité, principe sur lequel elle parait veiller jalousement ? C'est ce que quelques cas concrets vont nous permettre d'affirmer (1).

---

(1) Pour ceux que ces cas concrets intéresseraient se reporter à l'ouvrage du Cardinal Gaspari : « *De Matrimonio* ». Paris 1903. N^os^ 606 et 607.

CHAPITRE III

LE RAPT

On tomberait dans une erreur grossière si l'on pensait qu'à notre époque, le cas de rapt ne se rencontre plus. C'est ainsi que M. Fourneret, vice official du diocèse de Paris, nous apprend dans son livre (le mariage chrétien, 1921, page 248), qu'une affaire de rapt concernant la région du Sud Est est venue récemment à sa connaissance. De nos jours d'ailleurs les cas d'enlèvement sont assez fréquents et combien de curés principalement dans les grandes villes, se préoccupent de savoir si le rapt est purgé conformément aux règles du droit canonique ? Bien peu. Et nous sommes persuadés que nombre d'époux qui désirent rompre leurs liens ont ce moyen à leur disposition.

En droit romain le fait d'enlever une femme libre ou non était puni de mort. (1) Si le ravisseur échappait à la peine, il lui était interdit à jamais d'épouser celle qu'il avait ravie. L'Eglise à son tour punit

(1) Les Romains désavouaient donc leurs ancêtres qui à la fondation de Rome enlevèrent les Sabines dans les circonstances que l'on connait.

cette faute. Mais la discipline rigoureuse au début alla s'atténuant. Dans les premiers âges non seulement le ravisseur encourrait la confiscation des biens, la pénitence publique, mais aussi l'excomunication. Avec le temps cette rigueur s'atténua et le rapt ne constitua plus dans la suite, qu'une nullité de mariage. De plus en plus l'idée de peines fut abandonnée et l'on ne songea qu'à assurer la liberté de la femme, en dirimant le contrat conclu dans ces conditions. Mais comment se rendre compte que la femme ainsi ravie avait été à même de donner un consentement valide, à une époque où le mariage était un contrat purement consensuel, ne donnant lieu à aucune formalité. L'épouse en effet pouvait avoir suivi son ravisseur de plein gré.

Pour répondre à cette question, l'Eglise établit une présomption de non consentement, présomption *juris de jure* qui n'était pas susceptible de tomber devant la preuve contraire. Le mariage est nul dans ces cas, quand bien même la femme aurait donné un consentement valide. Ainsi le crime de rapt portait en lui-même son châtiment, en interdisant au ravisseur d'épouser sa victime, tant qu'elle n'aurait pas été transférée en lieu sûr et hors de sa puissance.

Dans quelles conditions ce crime se réalise-t-il ? et quels sont les moyens offerts aux époux de régulariser dans la suite leur situation, c'est ce que nous allons examiner.

Le Concile de Trente décide qu'il y a rapt lorsque *vir intuita matrimonii ineundi, mulierem de loco in locum violenter ab ducit ac sub sua de tinet protestate.* nous allons examiner chacune de ces propositions.

1° **L'homme.** — Il faut que ce soit un homme qui soit par lui-même soit par des complices enlève une femme. Les canonistes discutent depuis le Concile de Trente pour savoir si dans les cas où les rôles seraient renversés, l'homme enlevé par une femme, le mariage serait nul. Les uns disent oui, le droit Romain punissant de mort aussi bien le ravisseur que la ravisseuse, d'autres à la suite de Sanchez (1) s'appuyant sur les mots du décret *quam diu ipsa in potestate raptoris menserit* enseignent qu'il ne s'agit que de l'homme et que dans le cas où ce serait une femme la prohibition du Concile de Trente ne s'appliquerait pas.

2° **L'intention de contracter mariage.** — C'est une condition *sine qua non* de sorte que, si un homme enlevait une femme dans tout autre but, par exemple pour lui rendre sa liberté contre une rançon, pour satisfaire sa passion, l'empêchement ne naîtrait pas, telle est l'opinion de Fualdi dans l'exposition du droit Pontifical, 1re partie section 840. *Si quis vero milierem rapiut ob aliam causam, puta explendœ libidinis non ut uxorem ducerit, non comprehenderetur in hoc tridentini decreto, cum concilium unice consulere voluerit libertate matrimonii.*

(I) Sanchez lib. VII Disp. XIII N° 16.

Dans le doute de savoir si c'est dans le but de contracter mariage ou pour tout autre motif que le rapt a été commis, la présomption de mariage s'impose : *l'instructio Austriana 173* confirme cette opinion *présumendum est quod matrimonii ineundi causa rapta sit* quelque-uns pensent que le rapt commis dans le but d'assouvir sa passion, quoique n'étant pas de sa nature un empêchement dirimant a cependant pour conséquence de faire tomber le ravisseur sous les peines portées par le Concile de Trente (1).

C'est à tort le Concile ne parle en effet que du rapt commis dans le but de contracter mariage et lorsqu'il est accompli *ratione explendœ libidinis* il faut y voir une espèce particulière de la luxure à raison de la violence commise.

3· **Une femme.** — Le Concile ne distingue pas entre une vierge et une femme de mœurs dissolues, entre une femme honnête ou une courtisane, il se sert du terme générique « *mulierem* ». Certains ont basé leur opinion contraire sur ce fait qu'en Droit Romain, les peines de rapt ne s'appliquaient pas lorsqu'il s'agissait d'une courtisane. Mais en présence du terme très compréhensif dont s'est servi le Concile de Trente, la chose ne peut faire de doutes.

4· **D'un lieu dans un autre.** — Si la femme est gardée dans sa maison il n'y a pas rapt, mais séques-

---

(1) Fualdi op. cit. p. II. Section 123.

tration, il faut qu'il y ait transfert dans un lieu différent de celui dans lequel elle se trouvait.

5° **Enlevée violemment.** — Nous nous trouvons en présence de ce cas, lorsque l'homme décide sa victime à le suivre par ses violences et ses menaces. *Quid* lorsque c'est de son propre mouvèment que la jeune fille a suivi son ravisseur ? Rigionti rapporte à ce sujet la consultation donnée le 24 Janvier 1608 par dix cardinaux « *Qui omnes censerunt concilium procedere etiam in muliere volente dum tamen sit raptus juxta terminos juris civilis* ». Il n'y a pas rapt lorqu'une femme majeure, suit volontairement un homme. Mais encore faut-il que ce dernier n'ait employé ni ruse ni machination pour la décider à cet acte. Il en est de même lorsqu'une jeune fille mineure dont les parents ne veulent pas consentir au mariage se fait enlever par le jeune homme qu'elle aime. Le cas est différent lorsqu'elle se fait enlever pour échapper à l'autorité de ses parents qui veulent l'enfermer dans un monastère ou lui faire épouser un jeune homme qu'elle n'aime pas. Exemple : Le comte de Dunas, avait fait demander par l'intermédiaire d'un ami, la fille du baron de Frépot. Celle ci refuse aimant une autre personne. Le père pour la décider après entente avec l'ami, l'enferma dans un Monastère à Bruxelles. Arrivée dans cette ville, l'ami révéla à la fille le vrai but du voyage, lui dit que son aversion pour le Comte de Dunas, était justifiée, et lui proposa de le suivre dans une maison sûre. Là il lui demanda sa main, la jeune fille pour éviter le monastère consentit. Le père plus tard introduisit une deman-

de de nullité, et le 11 Mars 1671, l'autorité ecclésiastique annula ce mariage. (1)

6° - Il faut enfin que le ravisseur garde la femme en sa puissance.

Le moyen de purger cet empêchement est indiqué par le concile de Trente : *a raptori separata in loco tuto ac libero constituo.* Nous nous sommes assez étendu sur cet empêchement persuadés que nous sommes de son importance. Il est d'une application plus fréquente qu'on ne croit. Combien de curés s'en préoccupent-ils ? Bien peu, et cependant leur rituel romain leur conseille de se souvenir surtout que le mariage entre le ravisseur et sa victime tant que celle-ci est sous sa puissance est nul, « *vox clamavit in deserto* ».

(I) Gaspari. N° 640.

CHAPITRE IV

LES VŒUX SOLENNELS ET LES ORDRES SACRÉS [1]

Nous ne ferons que passer sur ces deux empêchements, ceux-là seuls qui peuvent s'en prévaloir, sont mieux au courant que nous de la casuistique et savent très bien que le prononcé de la sentence, ne fera de doute. Quant aux autres ils n'ont cure, de ces empêchements qui ne peut les concerner, étant donné que si, par hasard, en un jour de ferveur religieuse ils ont pris l'engagement de ne point se marier et si dans la suite, ils passent outre à ce vœu, il n'y aurait là qu'un empêchement prohibitif qui n'intéresserait pas la validité du mariage.

(1) Canon 1073.

CHAPITRE V

DISPARITÉ DE CULTE [1]

Il faut se garder de confondre cet empêchement avec l'empêchement seulement prohibitif qui frappe le mariage d'un catholique avec un hérétique ou un schismatique baptisé. Seules les personnes baptisées dans la religion catholique ou qui ayant été baptisées dans l'hérésie où le schisme sont revenues à l'unité, sont inhabiles à contracter mariage avec des non baptisés. L'étude de cet empêchement ne présente pas seulement un intérêt théorique. De nos jours avec le développement de l'indifférence religieuse, nous assistons à de nombreux mariages entre catholiques et protestants. Combien parmi ces derniers sont baptisés, ou l'étant le sont validement. Cependant l'acte de bapteme des protestants peut n'être pas produit, et le hasard faire que ce conjoint ne soit pas baptisé (pour notre part nous connaissons nombre de jeunes protestants qui ne l'ont jamais été). Qu'adviendra-t-il du mariage de ces jeunes gens si, plus tard ils épousent une catholique !. la réponse est facile. Le jour où ces époux voudront divor-

(I) Canon 1070.

cer ils n'auront qu'à faire la preuve du non baptême ou de sa nullité, et le contrat sera dissous. Une seule condition est requise, pour la naissance de cet empêchement, que le mariage ait lieu entre une personne baptisée dans la religion catholique et une personne non baptisée ou baptisée invalidement.

CHAPITRE VI

DU LIEN ANTÉRIEUR [1]

Nous avons déjà discuté les principes de la monogamie dans la première partie de cette étude, nous n'y reviendrons pas, le même empêchement se trouvant posé par notre droit civil.

CHAPITRE VII

DE L'EMPÊCHEMENT DE CRIME [2]

Par suite de l'abrogation par la loi du 15 décembre 1904, de l'ancien article 298 du code civil, qui interdisait le mariage de l'époux adultère avec son complice, par suite aussi du maintien par l'Eglise de cette même interdiction, l'étude de cet empêchement présente pour nous, un intérêt capital. Le cas n'est pas

(1) Canon 1069.
(2) Canon 1075.

rare en effet de voir deux époux dont l'un est adultère, divorcer. L'époux coupable épousera son complice. A la mort du premier conjoint, il demandera à l'Eglise de régulariser sa situation, la cérémonie a lieu sans qu'au préalable dispense ait été demandée de cet empêchement. La nouvelle union n'est pas valable et ils sont fondés à en demander lorsqu'ils le jugeront utile, la nullité.

Soit deux époux : Titus et Sophie : Titus, divorcé et remariée a, du vivant de son premier conjoint : Caïa, entretenu des relations coupables avec Sophie son conjoint actuel avec lequel il a contracté seulement devant l'officier de l'Etat-Civil. La mort de Caïa survenue, Titus demande à l'Eglise la régularisation de son union avec Sophie, sans avoir, au préalable, demandé dispense de l'empêchement de crime né de l'adultère que, lui, Titus, a commis avec Sophie du vivant de Caïa sa première épouse. La cérémonie a lieu. Titus, lorsqu'il le voudra, pourra demander la nullité de son mariage avec Sophie en se basant sur le canon 1075-1.

Monsieur Fourneret, dans le livre précité, page 247, traite cette question en ces termes : « l'adultère commis sciemment par tous les deux aucun des deux ne s'imaginant commettre une simple fornication ne les rend inhabiles à contracter que s'ils se sont fait et accepté la promesse mutuelle de s'épouser. Il n'est pas nécessaire que les promesses aient été échangées au moment même de l'adultère, il suffit qu'elles soient intervenues, alors que l'époux trompé était encore en

vie ». Jusqu'ici nous sommes d'accord avec lui. Il ne fait en effet qu'indiquer les conditions qui doivent être remplies pour que la nullité soit prononcée. Mais où nous nous séparons c'est lorsqu'il nous dit « il est par ailleurs inouï qu'on nous ait jamais demandé la nullité d'un mariage sous prétexte qu'il avait été contracté malgré l'empêchement du crime. L'adultère pourrait se prouver encore dans un certain nombre de cas, mais la promesse mutuelle comment établir qu'elle aurait eu lieu. » A cela nous répondons que la preuve de cette promesse résulte clairement de l'union civile contractée postérieurement au divorce et antérieurement à la mort du premier époux, M. Fourneret est excusable d'apporter ici une affirmation fausse aussi catégorique. Dans sa note 3, page 247, il nous dit en effet : « Rappelons à titre de simple rapprochement que l'article 298 du Code civil frappe les adultères de l'incapacité de contracter entre eux, après un divorce prononcé à cause de la faute commune ».

Il oublie seulement que la loi du 15 décembre 1904 a aboli cet article (1). Dès lors nous comprenons pourquoi il juge la preuve de la promesse difficile à

(1) L'édition est pourtant de 1921 et c'est la troisième, nous voulons bien croire qu'il s'agit là d'une erreur, car plus loin il parle des divorcés qui ont contractés mariage civil, du vivant de l'époux légitime aprés avoir eu ensemble des rapports adultères, mais alors que vaut son assertion de la difficulté de la promesse mutuelle.

administrer. Nous persistons donc dans notre manière de voir et constatons que notre affirmation de l'intransigeance factice de l'Eglise, relativement aux principes d'indissolubilité reçoit ici une nouvelle confirmation. Car contrairement à l'opinion de M. Formeret, nous nous demandons : quels moyens le défenseur du lien peut-il soulever dans une pareille demande. Ceci posé quels empêchements de crime diriment le mariage.

En droit Romain dès la plus haute antiquité il était interdit à l'adultère d'épouser son complice, les anciens canons de l'Eglise adoptèrent le même principe et le pape St-Léon décida *nullus ducat in matrimonium quam prius polluit adulterio*. Dans la suite l'adultère ne suffisait plus à dérimer le mariage, lorsque la pénitence publique avait été accomplie, et de nos jours.

1° Le meurtre de l'époux innocent perpétré par l'une et l'autre partie.

2° L'adultère avec promesse de mariage.

3° L'adultère suivi de manœuvres pour faire casser le mariage.

4° L'adultère avec le meurtre d'un époux perpétré par une seule des deux parties.

Diriment le mariage. Ces empêchements étant de droit ecclésiastique peuvent être levés par l'Eglise.

I. Le meurtre de l'époux perpétré par les deux amants dans le but de convoler ensemble.

Quatre conditions sont nécessaires pour que cet empêchement se réalise, il faut :

A. Que la mort de l'époux s'en suive, d'où s'il n'y a que simple blessure ou si un autre est tué à sa place, il n'y a pas empêchement.

B. Que la mort qui vient d'être donnée soit l'œuvre des deux amants. Si la blessure n'est pas mortelle, mais que néanmoins la mort s'en suive par suite de l'ignorance du médecin, l'empêchement ne naîtra pas. Peu importe que le concours de l'un des deux ait été actif ou passif, qu'il ait donné le conseil ou porté le coup.

C. Il faut que le mariage qui unissait le meurtrier à sa victime soit valide et dure encore au moment du meurtre, si le mariage est nul, l'empêchement ne naît pas.

D. Que la mort ait été donnée dans le but de convoler ensuite en justes noces.

Exemple : Titus et Caia sont mariés. Caia trompe son mari avec Symphorien. Titus s'en aperçoit mais avant qu'il est eu le temps d'agir, Caia de concert avec Symphorien le tue pour recouvrer sa liberté, et se marier avec son amant. Le mariage a lieu mais il est nul. (1)

2. **L'adultère avec promesse de mariage.** Il ne saurait y avoir mariage entre l'époux adultère et son complice, mais pour qu'il y ait empêchement, il faut qu'à l'adultère s'ajoute la promesse de mariage donnée de l'époux innocent, l'adultère doit réaliser les trois conditions suivantes :

---

(1) Gaspari 739.

A. Etre parfait, c'est-à-dire : Le rapprochement sexuel doit avoir été opéré et l'ejaculation effectuée dans le vagin de la femme.

B. Commis pendant le mariage.

C, L'une et l'autre partie, ne doivent pas ignorer la culpabilité de leur relation, Jean a des relations avec Sophie, la croyant libre de ses actes, l'empêchement ne naîtra pas.

La promesse doit être :

A. Externe, c'est à dire manifestée par des signes et des paroles et acceptée par l'autre partie ;

B. Vrai, si elle est fallacieuse l'empêchement ne naîtra pas au for interne, ni au for externe si en raison des circonstances, il était manifeste que cette promesse n'était pas sérieuse.

C. Pure et simple. La promesse conditionnelle ne donne pas naissance à cet empêchement, à moins qu'elle ne soit réalisée avant la dissolution du mariage.

D. Donnée en connaissance d'état, c'est à dire l'une des deux parties sachant l'autre liée par le mariage ;

3. **L'adultère joint à des manœuvres faites pour rompre le mariage.**

Cet empêchement est encouru lorsque des deux amants, celui qui est lié par le mariage demande et obtient le divorce civil, convole ensuite civilement avec son complice et consomme le mariage.

4. **Enfin lorsqu'il y a adultère et meurtre de l'époux par un seul des deux amants.** Ici point

n'est besoin de promesse de mariage, le meurtre consommé par l'une des deux parties, l'autre l'ignorant ou même l'empêchant suffit à créer un obstacle « Jean Félix Sobrado habitant Lisbonne mais marié dans le diocèse de Bracharensi, était l'amant de Marie de la Conception, mariée elle aussi. Un jour Jean Félix apprit que sa femme le trompait, il la rejoignit, la tua et fut acquitté selon les lois de son pays. il voulut épouser Marie, mais y avait-il empêchement de crime ?.. la Congrégation du Concile consultée, décida que bien que Jean n'ait pas tué pour se débarrasser de sa compagne ni pour se remarier qu'il n'y ait pas adultère avec promesse de mariage, il y avait néanmoins empêchement dirimant, pour adultère et crime perpétré par un seul » (1). S. C. C. Réponse du 28 septembre 1726.

Nous avons déjà dit que cet empêchement de droit ecclésiastique :

1· Ne concerne pas les infidèles.

2· L'Eglise peut en dispenser, mais elle ne le fait que pour des raisons graves.

En terminant ce chapitre nous ne pouvons nous empêcher de nous souvenir des paroles de M. Formeret « Et s'il s'agissait de mariage attaqué, sous prétexte que l'empêchement de crime n'a pas été levé, le défenseur du lien, aurait encore de bons arguments à invoquer .. » affirmation gratuite destinée à masquer la retraite.

(I) Gaspari N° 733.

CHAPITRE VIII

LA PARENTÉ [1]

La parenté est la communauté de sang entre deux personnes. Si elle existe entre deux époux, elle peut, à un certain degré rendre inhabiles à contracter mariage. Mais on aurait tort de croire que le Droit Canon prend seulement en considération cette parenté issue du sang. Non, et nous verrons que le fait d'avoir tenu un enfant sur les fonts baptismaux, donne naissance à la parenté spirituelle,. de l'avoir adopté, à la parenté légale. Cette question, difficile à expliquer avec toute la clarté nécessaire, se complique encore du fait qu'en Droit canon et en droit civil, la manière de compter les degrès n'est par la même. De sorte que des personnes, qui, au civil, sont parentes en ligne collatérale ou 5e degrè, sont étrangères entre elles, ne le sont qu'au 3e degrè en droit canonique, donc soumises encore à la dispense. Pour mieux rendre sensible le plan que nous allons suivre nous allons indiquer, en schéma, les matières qui vont être traitées.

- PARENTÉ
  - Naturelle
    - Consanguinité
      - Définition, ce qu'on entend par ligne et degré.
      - Quel degré dirime le mariage.
    - Affinité
      - Définition quand se réalise-t-elle ?
      - Computation.
      - Dans quelle ligne et jusqu'à quel degré l'affinité dirime-t-elle le mariage.
      - Multiple,
      - Dispense.
  - Légale :
    - Honnêteté publique: { historique / définition
    - Parenté spirituelle
    - Légale au sens strict dn mot.

(2) Canon 1076.

I. PARENTÉ NATURELLE.

§ 1. Consanguinité.

La consanguinité est le lien qui réunit les descendants d'une même souche, lien né des rapports charnels entre les auteurs de ces descendants.

Dans la consanguinité, il faut distinguer trois choses :

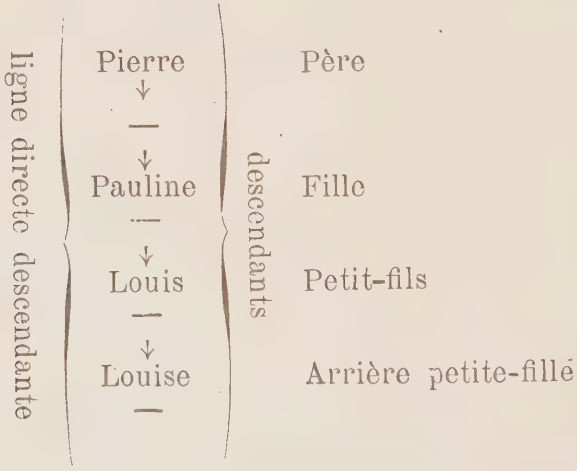
1· La souche qui donne naissance à la série de descendants.

2· La ligne, cette série même des descendants.

3· Le degré ou distance qui sépare deux personnes dont on cherche la parenté qu'elles peuvent avoir entre elles.

1. Parenté en ligne directe.

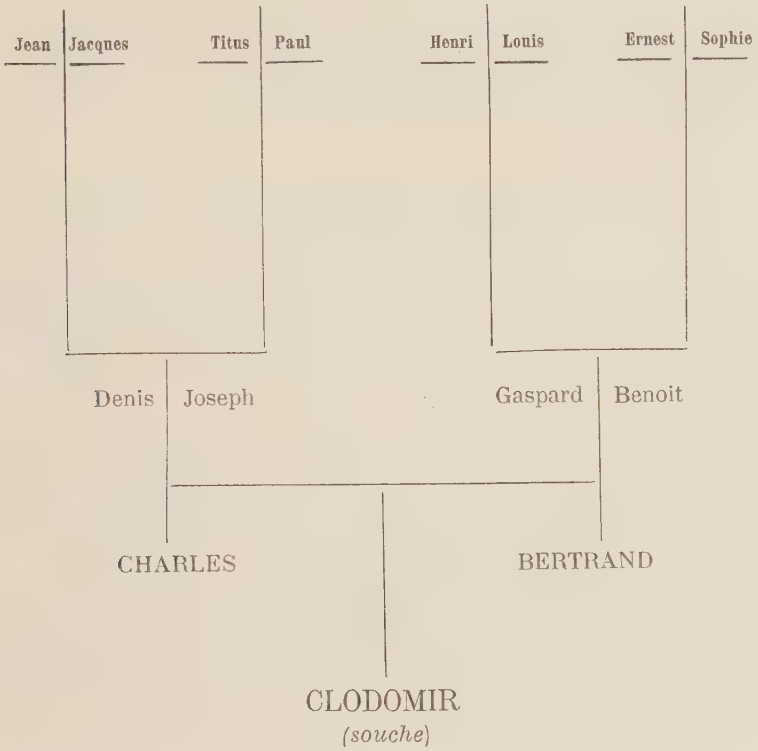
Elle se réalise lorsque plusieurs personnes descendent les unes des autres.



Louise est consanguine avec Pierre au 3e degré.

2. Ligne collatérale

La parenté dans cette ligne lorsque deux personnes en remontant la série de leurs ancêtres, en rencontrent un qui est aussi l'ancêtre de l'autre.



Dans cette famille Clodomir est la souche, Charles et Bertrand sont parents avec Clodomir en ligne directe, entre eux en ligne collatérale.

Jean est l'arrière petit-fils de Clodomir et le petit neveu de Bertrand. S'il veut épouser Sophie il ne le pourra pas car il se rattache à la souche commune,

par trois générations seulement. Cet exemple nous fait saisir la différence, de computation qui existe entre le droit canonique et notre droit civil. Notre législation a conservé la manière de compter en vigueur sous les Romains, elle additionne les générations qui séparent l'ancêtre commun de chacun des deux parties, ainsi Jean et Sophie qui en droit canonique sont parents au troisième degré (donc soumis à la dispense) ne le sont plus qu'au sixième dans notre droit civil.

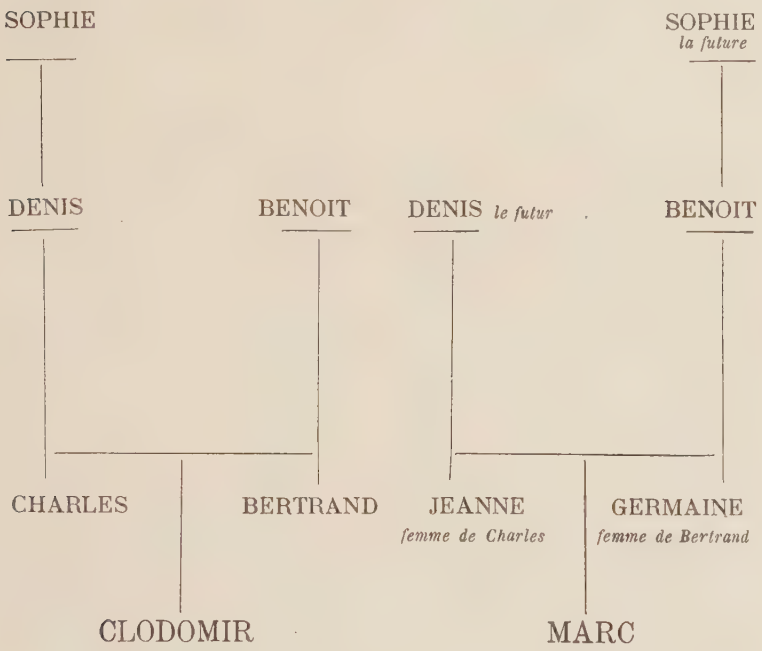
3. Cas de consanguinité multiple en ligne collatérale

1er Cas. - Des personnes parentes entre elles ont épousé respectivement des personnes parentes entre elles et ces personnes se retrouvent dans l'ascendance des futurs.

Denis et Sophie nous l'avons vu peuvent être inhabiles à contracter mariage dans le cas de parenté en ligne collatérale simple, ils peuvent l'être aussi si leur père et arrière grand-père Charles et Benoît ont épousé, les deux sœurs Jeanne et Germaine filles de Marc (1), ils retrouveront dans les deux souches un auteur commun qui empêchera le mariage.

(I) Cette remarque a son importance car elle fait saisir l'intérêt qu'il y a pour deux époux qui veulent divorcer, à savoir s'ils ne pourraient pas en même temps introduire une action en nullité, basée sur le lien de parenté, car ils peuvent être étrangers l'un à l'autre en droit civil et parents à un degré prohibé en droit canonique.

Selon le précédent tableau la parenté des futurs s'établit ainsi :

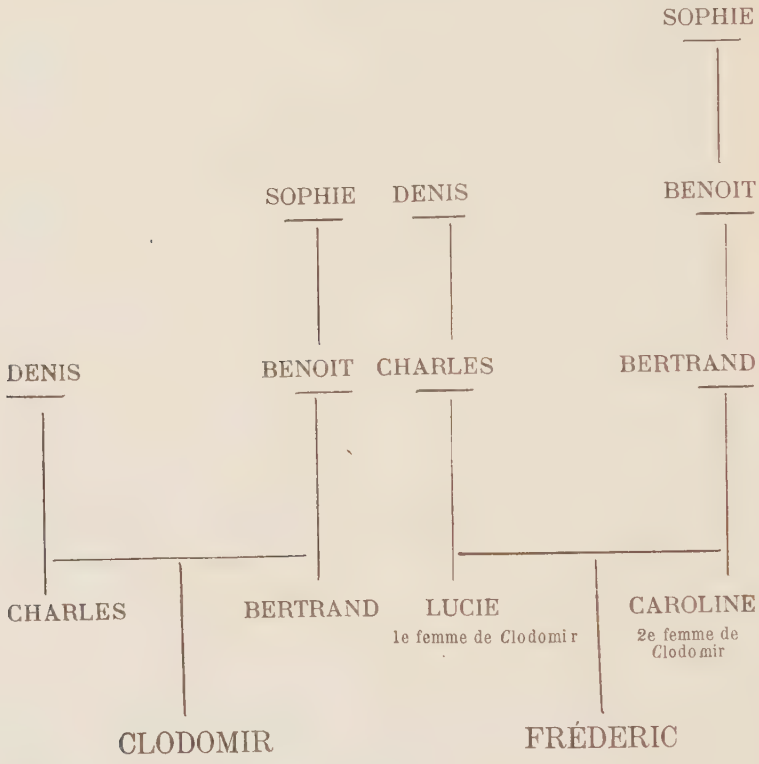


Un double empêchement présidera donc à la célébration. En effet en remontant vers leurs ancêtres, ils ne rencontrent plus seulement *un* ancêtre commun mais *deux* Clodomir et Marc situés à un degré prohibé.

2e Cas. - Une même personne a épousé successivement plusieurs personnes parentes entre elles.

Nous avons supposé que Charles et Bertrand étaient frères germains, mais s'ils sont seulement frères consanguins, leur père Clodomir, ayant épousé successi-

vement les deux sœurs, Lucie et Caroline, filles de Frédéric, nous aurons le tableau suivant :



Empêchements de parenté double, car Denis et Sophie, ne rencontrent plus seulement *un* auteur commun mais *deux*.

On pourrait varier à l'infini les combinaisons, nous avons préféré nous en tenir aux plus simples et aux plus fréquentes n'ayant pas la prétention de donner rait pas manquer d'assaillir des personnes vivant la seconde prévenir le danger d'incontinence qui n'au-

ici toutes les solutions de l'espèce. La consanguinité étant un rapport physique tout matériel, examinons quelle conclusion juridique le droit matrimonial de l'Eglise a tiré de ces faits d'ordre purement physiologique (1).

§ 2. Quel degré de consanguinité dirime le mariage.

Il semble à peu près certain que chez tous les peuples, la communauté de sang, soit apparue comme un obstacle au mariage.

Un texte du Lévitique défendait aux Hébreux le mariage entre parents « *Omnis homo ad proximos sanguinis non accedit* » (2) ainsi le mariage etait prohibé entre le père et la fille. la mère et le fils. le frère et la sœur, grand-père et petite-fille, grand-mère et petit-fils, oncle et nièce, tante et neveu.

En droit Romain, la prohibition s'étendait beaucoup plus loin, pour les personnes libres les défenses sont plus étendues que pour les esclaves *si quis ex his quos moribus prohibemur uxores ducere duxit incestus committere.*

La prohibition s'étend en ligne directe à l'infini et en ligne collatérale jusqu'aux cousins germains. A cette prohibition deux raisons étaient indiquées. La première sauvegardé le respect dûe aux ascendants,

---

(1) Fourneret page 210.
(2) Lévitique XVIII. 6.

sous le même toit, et qu'une communauté de vie rapproche à chaque instant.

L'Eglise Catholique s'est emparée à son tour du texte du Levitique et a interdit le mariage entre parents. Guidée ensuite par la législation Romaine elle a étendu cette prohibition jusqu'au septième degré, ce qui selon notre computation la porte au quatorzième degré. Saint-Thomas et Saint-Augustin, virent là un souci constant de promouvoir la charité universelle, en obligeant chacun des fidèles à rechercher sa compagne dans une famille étrangère et à se marier en dehors de son entourage immédiat. Les médecins et les physiologues ajoutent une raison plus grave « le mariage entre consanguins est ou bien stérile ou donne naissance à des enfants difformes » (1)

Ceci dit exposons la doctrine de l'Eglise :

En ligne directe le mariage est nul à l'infini, St-Ambroise (*epistola ad paternum*) nous dit : « *Connubium patris cum filia pugnare cum lege naturae in singulorum cordibus scripta.*

De plus, Dieu dit dans la Genèse *quamobrem relinquit homo patrem suum et matrem et adhœrebit uxori suœ* comme le fait justement remarquer Saint-Thomas, il ne s'agit pas seulement du domicile mais aussi du mariage. C'est pourquoi si on admettait la résurrection d'Adam, celui-ci ne pourrait se marier avec aucune femme, toutes étant ses descendantes.

(I) Docteur Boudin, annales d'hygiène publique 1862.

En ligne collatérale une très ancienne discipline étendait la prohibition au septième degré (quatorzième de la computation Romaine). Cette discipline qui nous parait très dure était adaptée aux mœurs du temps, elle était fondée sur des nécessités politiques. La guerre ne sévissait pas seulement de nation à nation, mais aussi de cité à cité, de village à village. L'Eglise, voyait dans cette obligation imposée aux hommes, d'aller chercher femme en dehors des consanguins (le plus souvent par conséquent en dehors de leur clan) un moyen d'apaiser les conflits. (1)

Dans la suite le concile de Latran, sous Innocent III, ramena la prohibition pour l'Eglise Occidentale au quatrième degré. Cette règle fut en vigueur jusqu'à la récente promulgation du nouveau *codex juriscanonici* effectué par Benoit XV le 19 octobre 1918, qui ramena la prohibition au 3e degré.

L'Eglise ne dispense jamais de l'empêchement en ligne directe. Peut-elle dispenser de l'empêchement en ligne collatérale au premier degré, la question est douteuse jusqu'à ce jour elle ne l'a point fait.

(2) Fualdi. lib. IV. Tit. XIII. N° 10.

CHAPITRE IX

PARENTÉ NATURELLE — L'AFFINITÉ

§ 1. — Définition

L'affinité est la parenté qui naît d'un mariage valide même non consommé entre le mari et les consanguins de la femme, et vice versa. En cette matière le nouveau code a opéré une petite révolution, et restreint les cas d'application en changeant la base de l'affinité. Jusqu'au 19 octobre 1918, l'affinité résultait des rapports charnels licites ou illicites opérés entre deux individus. Le nouveau code la fait désormais naître du seul mariage valide, d'où une double conséquence.

A. — Sous la discipline antérieure il fallait qu'il y eut rapports charnels. Un mariage valide et non consommé ne produisait pas l'affinité.

B. — Sous la nouvelle discipline, le mariage produisant seul l'affinité, il est indispensable qu'il soit valide, peu importe qu'il soit ou non consommé.

L'affinité ne crée pas elle même l'affinité. Ainsi un père pourrait épouser la sœur de la femme de son fils, un ménage de veufs pourraient marier ensemble les enfants du premier lit. A l'heure actuelle il existe un critérium qui permet d'indiquer aux époux qui veu-

lent arguer de ce motif de nullité, si leur demande peut aboutir. Lequel des deux était veuf avant le mariage actuel ? aucun des deux ? Il n'y aura pas d'affinité, puisque celle ci ne peut provenir que d'un mariage antérieur.

§ 2. — Computation des degrès d'affinité,

L'Arbre généalogique se construit de la même façon que la consanguinité et ce que nous avons dit alors de la ligne, du degré, de la souche, trouve ici son application.

Lucie fille de Frédéric et femme de Clodomir vient à décéder, Clodomir veut épouser Caroline sa belle-sœur, leur arbre généalogique ainsi établi :

Indique que Lucie et Caroline sont au premier degrè en ligne collatérale. Par son mariage avec Lucie, Clodomir est devenu l'affinis de Caroline au premier degré. Supposons que Clodomir veuille épouser Marcelle fille de Caroline, l'arbre généalogique ainsi établit

nous indique que Marcelle fille de Caroline est, par rapport à Lucie, au deuxième degré en ligne collatérale, Clodomir sera donc l'affinie de Marcelle au deuxième degré.

En résumé en établissant la consanguinité entre la personne avec laquelle Clodomir était marié et celle avec qui il veut contracter par là même on établit l'affinité, et si, en dressant l'arbre généalogique on découvre deux, trois consanguinités à des degrés divers et dans différentes lignes, il y aura deux ou trois affinités suivant les cas.

§ 3. — Dans quelle ligne et jusqu'à quel degré l'affinité constitue-t-elle un empêchement diriment.

En ligne directe, l'affinité dirime le mariage à tous les degrés, de sorte que le veuf ne peut épouser la grand'mère, la mère, la fille et la petite fille de sa femme.

En ligne collatérale le Droit Canon qui jusqu'à 1918 prohibait les mariages jusqu'au quatrième degré ne les prohibe plus que jusqu'au second degré. Mais les mariages contractés antérieurement à la promulgation du code tombent cependant sous le coup de l'ancienne prohibition.

§ 4. — L'Église dispense-t-elle de l'affinité ?

En ligne directe jamais, et elle est si stricte sur ce point, que certains théologiens en ont conclu que cet empêchement tout au moins en ligne directe était de droit naturel. Au contraire en ligne collatérale, la tolérance est très grande et les Evêques ont sur ce point des indults spéciaux.

*
* *

Ainsi sont restreints les cas de nullités provenant de l'affinité. Mais il n'en reste pas moins vrai cepen-

dant, que cet empêchement est peut être de tous le plus souvent invoqué à la barre des tribunaux. Car le code quoique édictant que l'affinité prendrait désormais naissance par l'effet seul du mariage valide même non consommé et non plus de l'existence des rapports charnels illicites, n'a pas pratiquement restreint sensiblement l'application de ce cas. Il n'est pas encore possible de se rendre compte des conséquences du changement opéré, mais il nous semble que l'admission du mariage *ratum sed non consommatum*, diminue la portée de cette mesure et en terminant ce chapitre nous ne pouvons mieux faire que de citer le passage suivant dont M. Fourneret, vice-officiat de Paris (donc en mesure d'être renseigné) est l'auteur : « combien de mariages contractés avant la » Pentecôte 1918, sont nuls du fait de ces relations » illicites restées secrètes, ou *même de rapports ma-* » *trimoniaux* avec une première femme parente de » la future au troisième et au quatrième degré. Il » fallait se marier dans une toute petite localité où » tout le monde se connaît, et où le prêtre n'ignore » rien de ce qui intéresse ses ouailles, pour que des » affinités au quatrième degré ne passent pas inaper- » çues. »

Et nous sommes fondés à croire que le nombre des mariages n'a pas sensiblement diminué si nous remarquons que là où l'ancien code voyait un empêchement d'affinité, le nouveau y voit un empêchement d'honnêteté publique ainsi que nous allons le voir.

CHAPITRE X

PARENTÉ LÉGALE -- L'HONNÊTETÉ PUBLIQUE

Cet empêchement, comme celui d'affinité, prend sa source dans le désir qu'a l'Eglise de protéger la sainteté du foyer, en enlevant à celui qui entre par le mariage dans une famille toute pensée coupable sur l'un quelconque de ses membres, pensée à laquelle il aurait pu s'arrêter dans l'espoir de régulariser un jour cette situation. Telle en était du moins le fondement avant 1918, lorsque l'ancienne législation faisait découler l'honnêteté publique des fiançailles contractées en la forme du degré *ne temere* et des épousailles avant consommation. Il complétait ainsi l'affinité qui résultait alors d'un rapprochement sexuel licite ou illicite. Actuellement le droit canon assigne deux sources à l'honnêteté publique : 1° Un mariage nul ; 2° Un concubinage notoire.

1. L'honnêteté publique résulte d'un mariage nul. Jusqu'à la sentence de nullité tout le monde estimait que ce mariage donnait naissance à l'affinité. La nullité prononcée, cet empêchement tombe. Il fallait donc le remplacer. C'est pourquoi les rédacteurs du code posèrent le principe d'un empêchement dirimant d'honnêteté publique qui existerait entre chacun des

pseudos époux et les parents de l'autre ligne, en ligne directe au premier et au second degré.

2· L'honnêteté publique résulte d'un concubinage notoire.

La notoriété peut être prouvée par témoin, mais elle résulte surtout du mariage civil. La théorie de l'Eglise ne voit-elle pas dans ce mariage, le concubinage public et notoire, surtout lorsqu'il est contracté du vivant du premier époux et qu'aucune sentence ecclésiastique n'est venue prononcer la nullité de ce lien. Il est impossible de répondre négativement, car alors quelle serait l'utilité d'une demande en nullité si le mariage civil des baptisés était aux yeux de l'Eglise, valide. Ainsi celui qui s'est marié seulement à la mairie ne pourra dans la suite épouser, ni la mère, ni la grand mère, ni la fille, ni la petite fille de son conjoint.

Il n'est pas rare à l'heure actuelle d'entendre certains curés dire : — et l'opinion commune est en voie de se modifier dans ce sens — : le nouveau code a restreint considérablement les possibilités d'annulation. Qu'il nous soit permis de ne pas partager leur avis. Les changements opérés sont insignifiants ils sont plus apparents que réels. Nous n'en voulons pour preuves, que les deux empêchements que nous venons d'étudier.

Sous l'ancienne législation, qu'on nous pardonne de nous répéter, mais cela est nécessaire, l'affinité résultait des rapports sexuels licites ou illicites. Le nouveau code l'a fait découler du mariage valide même

non consommé. Sur un point la discipline s'est élargie il n'est plus nécessaire qu'il y est des rapports sexuels, on demande seulement : 1° La liceité du mariage, ici rien n'est changé, et 2° la validité, ici, restriction apparente, car on supprime les rapports illicites et les mariages nuls. Supprimés ?.. non certes, on change seulement l'étiquette et le flacon et son contenu sont toujours les mêmes, car si l'honnetetè publique résultait avant 1918 des fiançailles et du mariage non consommé, elle résulte maintenant d'un mariage nul et d'un concubinage notoire, qu'y a-t-il en vérité de changé ? l'affinité naissait des rapports sexuels licite ou illicite, elle naît maintenant même d'un mariage valide même non consommé.

L'honnêteté publique qui naissait d'un mariage valide non consommé, naît d'un mariage nul (rapports sexuels licites) ou d'un concubinage notoire (rapports sexuels illicites).

Où est la différence, où est la restriction ? pour notre part nous ne pouvons découvrir ni l'une ni l'autre de ces deux choses.

CHAPITRE XI

PARENTÉ SPIRITUELLE

Cette parenté créée par l'Eglise nait du sacrement du baptême. Selon la Doctrine Ecclésiastique, la vie spirituelle commence avec le Baptême, c'est pourquoi les parrains et les maraines, qui introduisent l'enfant à la vie de la grâce, sont assimilés aux parents naturels qui viennent de lui donner la vie corporelle. Cette parenté a comme sanction l'interdiction de contracter mariage.

Cet empêchement remonte au premier siècle de l'Eglise, nous lisons, en effet, dans les Institutes de Justinien, chapitre 26 de nuptiis *Ea persona omni modo ad nuptias venire prohibemur quam aliquis a sacramento suscipit Baptismato, cum nihil aliud si inducere potest paternam affectionem et justam nuptiarum prohibitionem quam hujus modi nexus per quem, Deo mediante, anima eorum copulatae sunt.*

Avant le Concile de Trente, cette notion de parenté était excessivement large, elle comprenait la paternité, la compaternité, la confraternité. La paternité existait non seulement entre le baptisant et le baptisé, le parrain et la maraine, mais aussi entre le baptisé et le conjoint du baptisant, du parrain et de la maraine, la confraternité existait entre les fils natu-

rels du baptisant, du parrain et de la marraine d'une part et le baptisé d'autre part. La compaternité entre les parents naturels du baptisé et ses parents spirituels.

Le Concile de Trente ne laissa subsister d'empêchement, qu'entre 1° Le Ministre du baptême et le baptisé ; 2° Le baptisant et les parents du baptisé ; 3° Le parrain la marraine et le baptisé ; 4° Les parrains et marraines, et les parents du baptisé.

Cette énumération était nécessaire car les mariages contractés avant 1918 restent soumis à l'ancienne législation du Concile. Le nouveau code a supprimé seulement l'empêchement existant entre le baptisant, le parrain la marraine et les parents du baptisé, les autres cas demeurent.

La première condition exigée est que le baptême soit valide, d'où cet empêchement ne naîtrait pas, si le baptême solennel conféré, on venait à apprendre que le baptême avait déjà été donné, par exemple par l'accoucheuse. Certains se demandent si le baptême privé donne naissance à la parenté spirituelle? La réponse affirmative ne fait pas de doute. A une question ainsi posée, « les dispositions du concile chapitre 2 session 24e : *de reformatione matrimonii* s'appliquent-elles à un baptême effectué sans solennité dans la maison même ? la Congrégation du Concile répondit affirmativement le 5 mars 1678.

En plus du mariage valide, pour que ceux qui tiennent l'enfant sur les fonts baptismaux, soient atteints par cet empêchement il faut :

1° Qu'il saient la volonté d'être parrain et marraine.

2° Qu'au moment de l'ablution le parrain soutienne l'enfant ou du moins le touche.

3° Que le parrain et la marraine s'ils sont absents, aient chargé eux mêmes quelqu'un de les représenter.

Cet empêchement étant de droit ecclésiastique l'Eglise peut en dispenser. Les Evêques ont des indultes spéciaux sauf pour celui qui naît entre le baptisant et le baptisé et pour la dispense duquel il faut toujours recourir à Rome.

Le cas de parenté spirituelle se présente encore quelquefois dans la pratique, témoin ce fait : « deux frères avaient épousé les deux sœurs et les deux mariages avaient été très féconds un des deux frères vient à mourir ainsi que la sœur de sa femme, le veuf et la veuve desirant assurer l'éducation des enfants, et fondre les deux familles en une seule, projettent de se marier, et viennent demander la dispense nécessaire pour contracter entre beau-frère et belle-sœur, la future se trouvait être marraine de trois enfants de sa sœur et de celui qu'elle allait prendre pour époux, celui-ci était parrain de deux enfants de son frère et de celle qu'il allait prendre pour épouse » (1).

(1) Fourneret page 226, en note N° 2.

CHAPITRE XII

LA PARENTÉ LÉGALE RÉSULTANT DE L'ADOPTION [1]

Nous passons rapidement sur cet empêchement, que la plupart des canonistes considèrent comme prohibitif, étant donné le complet accord qui règne entre le droit canonique et la législation civile sur ce point.

Le nouveau code décide, en effet, que tous ceux que la loi civile rend inhabiles à contracter mariage à cause de la parenté légale qui provient de l'adoption, ne peuvent en droit canonique contracter validement. Or notre code civil par son article 348 prohibe le mariage entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants, les enfants adoptifs du même individu, l'adopté et les enfants qui pourraient subvenir à l'adoptant, l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté.

Nous venons d'examiner les armes dont l'avocat des parties pourra se servir au cours du procès. Toutes ne sont pas également sûres. Si celle choisie venait à ne pas protéger celui qui l'aurait dans sa main, il conviendrait pour ce dernier de se demander alors : Le contractant a-t-il émis un consentement valide ? ici le caractère de la lutte change et c'est plutôt une *guerilla* que l'avocat de la partie va soutenir contre le défenseur du lien.

(1) Canon 1080.

SECTION II

Le consentement donné n'a pas été valable

Nous aurions pu, bornant là nos efforts, démontrer par la seule étude des vices de consentement en droit canonique la vérité de l'affirmation que nous apportions au début de ce travail. Car de tous les cas de nullités, celui-ci est d'une application fréquente et la plupart des mariages annulés par l'Eglise le sont parce que, selon elle, les contractants n'ont pas émis un consentement valable. Ainsi cet exemple illustre notre affirmation. La sentence de nullité du mariage de Napoléon Ier et de Joséphine fut motivé sur ce fait que les deux époux avaient posé à la conclusion de leur mariage une condition contraire à l'indissolubilité, condition qui viciait le consentement. Qui aurait dit au Pape Pie VII au matin du Sacre, que dans quelques années, ceux-là même qui aujourd'hui lui demandaient la consécration solennelle de leur succès, demain plaideraient en nullité et que cette Impératrice était non pas l'épouse du monarque mais sa concubine, celui là aurait passé pour fou et cependant rappelons le mot de Thiers cité plus haut, ce mariage fut cassé « avec la pleine observance et toute la décence du droit canonique. »

N'avions-nous pas raison d'affirmer que l'intransigeance de l'Eglise était une intransigeance factice ?

son attitude néanmoins est fort compréhensible. Ce remède ayant à sa base un poison d'une virulence extrême, ne doit être dispensé qu'au foyer dont la stabilité est irrémédiablement compromise.

Nous ne reviendrons pas sur les caractères que doit revêtir le consentement valide. Nous nous contentons de rappeler qu'aux yeux de l'Eglise en matière matrimoniale, le consentement est l'acte de volonté par lequel chacun des époux accepte et donne un droit sur son propre corps, droit au rapprochement sexuel, ordonné vers la procréation des enfants. Nous étudierons les vices qui rendent ce consentement invalide. Ces vices peuvent affecter soit l'intelligence, soit la volonté même. Notre étude se divisera donc en deux parties : 1° Des vices intellectuels ; 2° Des vices de la volonté elle-même.

CHAPITRE I

DES VICES INTELLECTUELS

1. Défaut de raison.

Pour le consentement en général et le mariage en particulier non seulement l'usage de la raison est nécessaire, mais l'Eglise demande une certaine maturité d'esprit de façon que le contractant puisse se rendre compte de la nature et de la gravité du contrat qui le lie. En effet, si l'on n'avait pas des notions au moins confuses de l'acte que l'on pose, de ses propriétés, de son essence, on ne pourrait émettre un consentement externe et interne valide. Une présomption de défaut de raison pèse sur les enfants, les fous, les déments, les personnes en état d'ébriété. En France la loi civile exigeant un âge plus avancé que celui qui est exigé par le droit canonique, nous bornons là nos explications.

2. L'erreur.

L'erreur qui se définie en philosophie *falsa apprehensio rei* et que l'on oppose à la vérité logique, qui consiste en la conformité de l'idée avec la chose, peut, malgré la maturité d'esprit, supprimer le consentement.

Il peut y avoir erreur soit à l'égard du fait, soit à l'égard du droit ;

L'erreur sur la personne, sur les qualités, le mot est pris ici en son sens général, et l'on comprend par là : la fortune, la condition, rentrent dans la catégorie de l'erreur de fait. L'erreur sur le droit au rapprochement sexuel, sur l'objet du mariage, sur ses propriétés essentielles : unité, indissolubilité, sont des erreurs de droit.

Il peut y avoir erreur de droit et de fait à la fois par exemple un individu qui pense contracter un mariage nul, ce mariage se trouvant néanmoins valide ;

1° *Erreur sur la personne.* — Cette erreur se réalise lorsqu'un individu entendant se marier, avec une personne déterminée. Lucie, par exemple se marie avec Paule. Le cas typique de cette erreur est le mariage contracté entre Jacob et Lia, Labam avait promis à Jacob, Rachel. Le mariage a lieu et la première nuit passée, Jacob s'aperçut que Labam avait substitué à Rachel sa sœur Lia.

2° *Erreur sur la qualité.*— Elle se réalise lorsque par exemple Titus se mariant avec Marthe la croit riche, noble, bon caractère, en réalité cette personne est pauvre, roturière etc. Cette erreur dirime le mariage dans les trois cas suivants :

A. Si le consentement n'a été donné que sous cette condition formellement exprimée.

B. Si l'erreur sur la qualité se ramène à une erreur sur la personne.

Selon les canonistes, cette question est « maxime momenti ac difficillima » (Sanchez lib. VII ; Disp. VIII, N· 25) la voici exposée par St Thomas d'Aquin. (de Matr. art. 4. Disp. 30 Q. I. art. 2, ad. tertia) « Si le consentement porte sur la personne même de la femme quelle soit noble ou non la chose importe peu. Mais il en est autrement si entendant épouser par exemple, une fille du roi, quelle quelle soit, une autre qu'une fille du roi, se présentant il l'épouse. L'erreur sur la qualité se ramène à une erreur sur la personne » ainsi la différence est grande entre ces deux positions. Titus entend épouser Marie, et croie en outre quelle est la fille du roi, en réalité elle ne l'est pas. Titus entendant épouser une fille du roi, quelle quelle soit, se trouve avoir épousé Marie, fille d'un roturier. Dans le premier cas l'erreur est indifférente, dans le deuxième cas, l'erreur sur la qualité se ramène à une erreur sur la personne et annule le mariage.

C. Si la femme est esclave. Titus croyant Marie libre l'épouse, en fait elle est esclave, le mariage est nul. Baujin (Tit. 2 p. 18) cite le cas suivant : « Selon les usages de la noblesse, les Comtes de A... ne pouvaient, afin d'hériter des titres de noblesse, qu'épouser une femme de condition égale. Cette disposition était connue de tous. Le comte de A... voulant se marier, apprit qu'il y avait à Florence, une noble famille des Comtes de B... n'ayant qu'une fille unique, le Comte de A... leur écrivit pour leur demander la main de la jeune fille. La femme de

chambre ayant intercepté la lettre écrivit au Comte de A... et la réponse favorable parvenue, partit pour l'Allemagne, où elle contracta mariage avec le Comte de A... sous le faux nom de Comtesse de B. Le Comte ne s'aperçut de la fraude qu'une fois le mariage consommé. Il introduisit une action en nullité et l'issue du procès lui fut favorable.

De même dans le cas suivant cité par Sanchez. « Un homme avait deux jeunes filles. Séduit par la beauté de la plus jeune, B. demanda sa main au père, qui la lui refusa, lui offrant l'aînée, B. voulant être certain de la beauté de celle qu'on lui proposait demande qu'on voulut bien la montrer à un de ses amis, le père frauduleusement montra la plus jeune, l'aînée étant difforme, B, contracta ainsi mariage par procuration avec l'aînée pensant que c'était celle qu'on avait montrée à son ami. Le mariage était-il valide ? Sanchez dit oui, Saint-Alphonse de Liguori, et l'ensemble des docteurs, disent non ;

3° *L'erreur de droit se réalise*, lorsqu'elle porte sur le droit au rapprochement sexuel. Par exemple lorsque l'un des deux époux, pense que le mariage est une société purement amicale, ignorant le but du mariage qui est la procréation des enfants et les moyens par lesquels s'opèrent cette procréation, cette ignorance doit être prouvée et passé l'âge de la puberté elle ne se présume pas, la nature étant sensée enseigner elle-même ses lois.

L'erreur sur l'essence du mariage se réalise lorsque l'un des deux époux pense par exemple, que le ma-

riage peut, sous certaines conditions être rompu. Dans ce cas c'est l'indissolubilité même qui est attaquée, ce vice peut se rencontrer principalement dans les mariages mixtes, car les protestants interprétent le passage de St-Mathieu, déjà cité *omnis qui dimitit* etc.. » dans le sens d'une exception posée à l'indissolubilité. Il en serait de même si l'un des époux se réservait le droit de répudier son conjoint, en cas d'adultère. Mais cette condition n'a de valeur que pour les mariages des baptisés, l'indissolubilité faisant partie de l'essence du mariage chrétien, la position de cette condition, a pour effet de détruire le consentement qui resterait valide dans un mariage entre infidèles. Mais si l'une ou l'autre partie chrétienne veut véritablement contracter autant qu'il est en son pouvoir, quoique pensant que le mariage ne soit pas en lui même un sacrement, le mariage n'en sera pas moins valide. Mais le cas ne serait plus le même si la partie disait, je veux bien contracter, mais à la condition qu'il n'y ait pas là sacrement, sans cela je ne contracterai pas, le mariage est ici inexistant, le consentement faisant défaut ;

5° *L'erreur sur la validité du mariage.* — Lorsque deux époux, sachant ou croyant que le mariage qu'ils contractent est nul pour cause d'empêchement dirimant, contractent quand même avec la volonté de se donner l'un à l'autre, autant qu'il est en leur pouvoir. Leur consentement est réel, alors même que cet empêchement n'existerait pas ou qu'ayant existé il ait été levé à leur insu. Dans ce cas le mariage sera va-

lide s'il n'existe pas d'autre empêchement canonique (1).

En résumé pour tous les cas de nullité, provenant d'un vice intellectuel de consentement, les officialités, ont égard surtout aux circonstances de fait ou de personne, qui ont présidé à la conclusion du mariage. Ces circonstances peuvent confirmer, diminuer ou supprimer complètement le consentement. C'est alors que les époux devront apporter un grand soin dans le choix de l'avocat qui soutiendra leur cause.

Voici en exemple un mariage cassé à raison des circonstances de fait et des circonstances personnelles qui l'ont accompagné. Réponse de la Congrégation du Concile, à une demande présentée par l'officialité de Paris, le 12 août 1882 « une riche et noble jeune fille Marie Madeleine d'I., née à Paris, aimait un jeune Grec, également noble, mais de religion schismatique. Elle désira l'épouser malgré l'opposition de sa mère. Sur ces entrefaites Paul fut nommé à Londres, premier secrétaire de l'ambassade Turque. Comme le mariage ne pouvait avoir lieu en France, par suite du défaut de consentement de la mère (le père était mort), la jeune fille accompagnée de son institutrice partit le 18 octobre 1879, pour Londres, où le mariage civil fut célébré. Le rapprochement sexuel eut lieu. Marie, consentante s'il faut en croire Paul, au con-

(1) Mais Quid, si l'empêchement existe réellement ? l'ensemble des docteurs et la Congrégation du Concile le considèrent comme nul.

traire à son corps défendant, si nous en croyons Marie, avec le temps la passion se calma, Marie Madeleine d'I., retourna auprès de sa mère et demanda la nullité » (1). Le procès fut instruit par l'officialité de Paris, qui conclut à la nullité.

Entre autre cause la principale fut le défaut de consentement donné à un vèritable mariage, Marie Madeleine n'aurait envisagé le mariage civil que comme des fiançailles et non pas comme un véritable mariage. Nous sommes ici en présence d'un cas typique qui va nous montrer qu'un procès engagé dans de bonnes conditions aboutit toujours. Ce mariage contracté dans un pays ou le Concile de Trente n'avait pas été promulgué, était valide comme un mariage religieux malgré l'absence du prêtre. Nous avons dit, en effet, qu'antérieurement au décret Tametsi, l'Eglise considérait le mariage comme un contrat consensuel et que dans le pays où ce décret ne fut pas promulgué le droit Canon admet que le rapprochement charnel a pour effet de transformer les fiançailles *sponsalia defuturo* en mariage *sponsalia deprœsenti* et de lui faire produire tous les effets matrimoniaux.

Ce mariage ne pouvait être déclaré nul pour vice de forme substantielle, l'empêchement de disparité de culte ne pouvait être invoqué, à moins de rechercher si le baptême conféré à Paul l'avait été validement. On invoqua alors le défaut de consentement qui d'après

---

(I) Gaspari N° 906.

l'officialité ne pouvait faire de doutes, étant donné que l'éducation Catholique a pour effet de faire considérer par ceux qui la reçoivent, le mariage civil non comme un mariage mais comme des fiançailles. D'accord. En effet dans la généralité des cas le mariage civil (du moins en France) ne précède que de quelques heures le mariage religieux, mais les époux ne se considèrent pas moins comme bien et légitimement mariés et si l'œuvre de chair ne s'accomplit pas, c'est plutôt pour des raisons de convenance que pour tout autre motif. Il est faux de dire que l'éducation catholique puisse tendre à faire considérer le mariage civil uniquement comme des fiançailles, sinon l'usage se serait établi de faire coïncider cette cérémonie avec l'acceptation de la demande du futur, par les parents de la jeune fille. Mais dans le cas présent les faits sont plus caractérisés. Madeleine aime Paul, et veut se *marier* avec lui, la mère *refuse*. Paul va habiter Londres, Madeleine quitte Paris et *va à Londres pour se marier*, car alors si elle n'avait voulu conclure que de simples fiançailles, point n'était besoin de se déplacer, les fiancailles aurait pu être conclues, Madeleine demeurant à Paris ; d'autre part, si elle n'avait pas entendu contracter mariage, quelle nécessité la poussait donc à conclure un mariage civil, puisque à ses yeux, ce mariage n'avait aucune valeur elle ne pouvait donc, se considérer que comme la maîtresse de Paul. Cette cérémonie était donc superflue. Il n'est donc pas possible de soutenir que cette jeune fille voulut seulement contracter des fiançailles.

C'est cependant la raison qui fit valoir l'officialité de Paris, pour annuler ce mariage. Pour nous nous persistons à le croire aussi validé que ceux qui se contractent journellement. Que devient dans ce cas le principe d'indissolubilité ? Nous posons la question.

CHAPITRE II

DES VICES DE LA VOLONTÉ ELLE-MÊME

Il y a simulation de consentement, lorsque le contractant exprime extérieurement un consentement vrai mais intérieurement se refuse à toute obligation. Nous entrons ici dans le domaine des restrictions mentales, que nous devons étudier, l'Eglise les prenant en considération, pour juger de la validité du mariage.

Lorsque quelqu'un émet un entier consentement, il a l'intention de : contracter, de s'obliger et de remplir ses obligations. Ainsi celui qui simule un consentement ou bien n'a pas l'intention de contracter ou celle de ne pas s'obliger, ou celle de ne pas remplir ses obligations. Seule cette dernière intention est indifférente à la validité du mariage. Mais par l'admission des deux autres cas, l'Eglise ne reconnaît-elle pas implicitement la dissolubilité du lien matrimonial, en effet ce lien soi-disant indissoluble, ses fibres ainsi dissociées ne va-t-il pas au moindre souffle céder ?

A. Le contractant n'a pas l'intention de s'obliger.

Par son mensonge il inflige une injure à la femme et lui fait subir un grave prèjudice, injure et préjudice qu'il ne pourra réparer qu'en émettant un

consentement interne excepté le cas ou pour lui il en résulterait de trop graves inconvénients. Cette simulation pour exclure le consentement doit être prouvée. En étudiant la preuve de cette simulation, nous allons saisir sur le vif, toutes les conséquences bizarres pour ne pas dire plus, que le droit canon tire d'un principe faux, destiné seulement à permettre aux officialités, tout en proclamant très haut le principe d'indissolubilité, d'en provoquer en fait la rupture en se cachant.

Les canonistes nous disent : cette simulation doit être prouvée, pour que au for externe le mariage soit nul. Mais cependant si on ne peut en rapporter la preuve, ce mariage valide au for externe sera nul au for interne, si la partie a réellement simulé. Nous assistons là au conflit du fox externe et du for interne. Quelqu'un a rendu nul son mariage par la simulation, mais il ne peut le prouver. Il se remarie cependant. Au for interne le premier mariage sera nul, le second valide, au for externe au contraire le premier valide et le second nul. Ainsi en conscience, il ne peut ni demander ni rendre le devoir conjugal à sa première femme, et au for externe, il en sera de même vis à vis de sa seconde épouse. Ainsi cet homme aura deux femmes, et il ne pourra opérer le rapprochement avec aucune des deux. Pour la première sa conscience le lui interdit, pour la seconde c'est le juge ecclésiastique qui le lui défend. Mais où les canonistes atteignent le comble, où de l'inconscience ou de l'hypocrisie, c'est lorsqu'ils disent (nous citons les textes) *quod*

si remoto scandalo commercium cum vera uxore haberet non esset inquietandus Pascal avait-il si tort de flageller impitoyablement les casuistes ? Nous ne le pensons plus. Pour apporter la preuve de cette simulation au for externe on doit :

1° Indiquer la cause de cette simulation ; 2° Démontrer qu'elle résulte de circonstances précises antérieures ou concomittantes, cette preuve apportée le Juge examinera prudemment, chaque cas particulier.

La Congrégation du Concile annulá le mariage dans les deux cas suivants :

I^er^ Cas, du 8 juillet 1724, Anne de A, était détenue dans la ville de Mutinos, depuis 4 mois, afin qu'elle ne puisse contracter mariage avec un jeune homme qu'elle aimait. Elle comprenait très bien que pour quitter la ville il fallait où qu'elle contracte avec un homme d'une condition égale à la sienne, ou qu'elle entre au Monastère. Elle écrivit plusieurs lettres à un certain abbé M., dans lesquelles elle le priait de lui trouver un homme qui se prêta à la simulation. Ayant trouvé le personnage en question dans la personne d'Annibal T, elle informa l'Abbé de son intention de contracter un mariage simulé. L'Abbé l'approuva. Il fut ainsi convenu entre les deux futurs. Le 4 février 1720, Anne de A. contractait avec Annibal. Le 25 février, sous prétexte d'une nécessité quelconque les deux époux gagnèrent Mantoue. Là, Anne introduit une instance de nullité.

2^me^ Cas du 7 Mars 1885, Auguste, de nationalité américaine se trouvant à Paris avec ses parents,

s'éprit d'une jeune fille appelée Marie, et lui promit mariage. Les parents d'Auguste s'y opposèrent, et lui offrirent Madeleine, en lui donnant 250.000 livres en dot s'il consentait à l'épouser, Madeleine avait 60.000 livres. Le mariage fut célébré, Au bout d'un mois Auguste partit en Amérique avec Marie, Madeleine, demanda à l'Eglise la nullité de son mariage et l'obtint. Il fut prouvé qu'Auguste avait simulé un consentement afin d'entrer en possession de la fortune que ses parents lui avaient promis.

2°.- Le contractant n'a pas l'intention de s'obliger,

Il en est ainsi, lorsque l'un des deux époux entend, 1° Ne pas donner sur son corps un droit du rapprochement sexuel ; 2° Ne pas avoir d'enfants ; 3° Exclure l'indissolubilité du lien : Le mariage dans ce cas est nul, pour défaut de consentement. Il y a là en effet deux volontés positives contraires, qui s'éliminent mutuellement ;

3°.- Le contractant a l'intention de contracter et de s'obliger, mais il n'a pas celle de remplir ses obligations ;

Par exemple, il veut abuser du mariage, commettre l'adultère, le mariage est néanmoins valide, le consentement étant suffisant pour donner naissance à un contrat.

Quid lorsque la femme avant son mariage se rend chez un chirurgien pour se faire enlever les ovaires ? Il y aura là un empêchement d'impuissance. Mais y aura-t-il nullité pour défaut de consentement. Le juge appréciera les circonstances de fait. Probable-

ment, car la femme par là exprime son intention de ne pas avoir d'enfants, la fin primordiale du mariage ne pourra donc être atteinte :

Ainsi plus nous avançons, et plus nous voyons se préciser les desseins de l'Eglise.

Dans le but de sauvegarder le foyer et d'empêcher le retour des débordements qui se produisaient sous les Empereurs Romains, l'Eglise pose le principe d'Indissolubilité, mais juge souverain de la gravité du mal, dont peut souffrir un foyer chrétien elle prescrira ce remède violent si tout espoir de guérison est perdu, mais alors seulement. Combien de jeunes filles, combien de jeunes gens qui dans leur jeunesse avaient fait un rêve que les préjugés des parents empêchèrent de réaliser, et qui réduits à faire des mariages de convenance, se souviendront le moment des orages venus a voir écrit à tel ou à tel ami, leurs répugnances, leur hostilité, leur volonté de ne consentir que des lèvres ? S'ils se souviennent ils ne traîneront plus ce boulet à leurs pieds. L'Eglise leur rendra la liberté, elle ne rompra pas leurs liens, elle fera mieux elle les déclarera inexistants.

2. La crainte et la violence.

La violence peut être physique ou morale. Comme nullité de mariage la violence physique ne peut se concevoir que si l'on incline soi même la tête du contractant. Le cas reste chimérique nous ne nous y arrêterons pas.

Toute autre est la violence morale, autrement dit la crainte. Elle peut être définie désarroi de l'esprit, causé par un danger présent ou futur. Instinctivement notre nature nous fait détourner du péril. Lorsque nous nous trouvons en présence d'un mal, notre esprit reçoit un choc, et par un mouvement *primo primi* nous nous retournons vers ce qui peut nous sauver du danger. Dans ce cas il n'y a pas alors consentement, car notre volonté est alors inexistante, et quoique nous fassions, l'acte sera involontaire. Un mariage contracté dans de pareilles conditions sera nul, Alexandre III, au chapitre 14 « du mariage », le dit formellement « le mariage est nul si la femme émet un consentement sous l'empire d'une crainte susceptible d'émouvoir un homme fort » il faut poser le même principe à l'égard de l'homme.

Quel caractère doit revêtir la crainte pour entraîner la nullité ?

1. Etre grave.

La crainte grave est celle susceptible de troubler un homme fort. Ici nous entrons dans une matière toute subjective où chaque cas crée l'espèce. Tout dépend de la constitution physique, du développement d'esprit de la personne qui en est l'objet. Il faut que celui qui en est le sujet ait la conviction qu'un danger imminent le menace. La considération de la personne est ici primordiale.

A. La crainte doit être grave en considération de la personne qui la subit;

Il est quelques évènements qui peuvent être consi-

dérés par tous comme des malheurs. Exemple : la mort, la mutilation, l'exil, la perte de la liberté, la perte des biens ou de la plus grande partie d'entre eux. Il en est d'autres par contre, qui ne peuvent être considérés comme graves que par certaines personnes. Exemple : la perte d'un héritage, la diffamation. Ici nous sommes en pleine relativité. Il est évident que la crainte de la prison aura moins d'effets sur un homme qui y a déjà passé une grande partie de sa vie, que sur quelqu'un qui n'a jamais fait l'objet de mesures disciplinaires. Il en est de même de la crainte révérentielle susceptible d'émouvoir les uns et de laisser les autres indifférents. Les canonistes définissent cette crainte ; la pensée qu'un malheur va atteindre ceux sous la dépendance desquels nous nous trouvons. Pour que cette crainte vicie le consentement, il faut qu'elle soit accompagnée de coups ou de menaces, de demandes instantes et importunes. Voici un mariage contracté sous l'empire de la crainte révérentielle, bien que celle-ci ne fut pas accompagnée de coups et qui fut cassée par la congrégation du Concile. Réponse des 16 mai et 5 septembre 1903. « Marguerite de B.. avait une aïeule très riche, et qui quoique parvenue à un âge très avancé, avait conservé sur ses fils et ses filles un empire absolu. Personne n'osait ni lui résister ni la contredire. Voulant absolument que Marguerite se marie avec un nommé Robert de C.. elle ordonna que tout le monde lui aida à circonvenir la jeune fille. Pour vaincre la résistance de cette dernière, on employa prières,

commandements et même quelques menaces, par exemple la perspective de se voir privée par l'aïeule de l'héritage. Marguerite résista quelques temps, mais à la fin, circonvenue, contrainte, elle accepta le mariage détesté ». L'officialité diocésaine de Paris, tenait pour la validité, la Congrégation du Concile réforma sa sentence et se prononça pour la nullité.

Même sentence dans une affaire jugée le 21 novembre 1903.

B. La personne qui subit la crainte ; doit avoir la conviction qu'un danger grave la menace. Il est évident que si l'on sait pertinemment, que la personne qui essaie de vous intimider ne mettra pas ses menaces à exécution, qu'elle se laissera fléchir, il ne peut y avoir crainte.

2. *Venir de l'extérieur*, contracter sous l'empire des menaces que l'on se fait à soi-même, par exemple, pour ne pas se damner, ce n'est pas selon le droit canonique, contracter sous l'empire d'une crainte destructive de consentement. Il en serait de même, si la crainte venait de l'extérieur, mais sans qu'aucune autre volonté libre que la nôtre y prenne part.

3. *Etre injuste*. La crainte peut être injuste, soit « quoad substantiam » lorsque par exemple on est condamné par un juge compétent à une peine pour un délit que l'on n'a pas commis, soit « quoad modum » lorsqu'on est condamné à une peine, par un juge incompétent pour un délit commis. Les canonistes ont très peu écrit sur la matière. L'opinion commune étant que seule la crainte injuste « quoad substan-

tiam » dirime le mariage, exemple : les parents de la jeune fille ont surpris celle-ci avec son amant, la jeune fille pleinement consentante. Les parents se saisissent du jeune homme, et lui disent : « Epouse-la où tu iras en prison ». Il y a la crainte injuste d'un châtiment pour un délit que l'on n'a pas commis.

4· Etre donnée directement dans le but d'extorquer le consentement au mariage.

En résumé pour rendre le mariage nul, la crainte doit être grave, venir de l'extérieur, être injuste « quoad substantiam », et donnée directement pour extorquer le consentement au mariage.

Ainsi le mariage sera nul, dans les cas suivants :

D'un mariage contracté : A. Par un jeune homme qui surpris par le père, consent pour éviter la mort ;

B. Par un jeune homme que le juge compétent condamne à réparer une faute qu'il n'a pas commise.

C. Par un jeune homme coupable et condamné à réparer le préjudice, mais qui s'était déjà libéré vis-à-vis de sa victime : C'est à celui qui invoque la crainte à faire la preuve des faits qu'il avance. Cette preuve peut se faire par témoins, et les parents, les alliés, les domestiques peuvent être cités à la barre.

Nous allons examiner deux cas distincts de crainte, dans le premier, la crainte n'étant pas qualifiée, le mariage ne fut pas annulé. Dans le deuxième la crainte l'étant, la sentence du tribunal fut affirmative.

La décision de la congrégation du Concile, est pour le premier cas du 26 juillet 1879 : « Le baron Pierre

de B.. quoique français, avait vécu longtemps en Allemagne. Là, il s'éprit d'une jeune fille et lui promit le mariage. En 1862 il revient en France afin de donner suite à sa promesse. Mais sa famille, sa mère et son grand'père en particulier, ainsi qu'une amie Eulalie, s'y opposèrent, et lui offrirent une jeune fille qui leur convenait, Eulalie qui avait déjà couché le baron sur son testament menaça de le deshériter, s'il ne s'inclinait pas, le baron dans cette crainte, consentit. Le mariage se fit. L'union ne fut pas heureuse. En 1864, les époux obtinrent la séparation de corps et Pierre demande à l'Eglise la rupture du lien » (1) la Congrégation se prononça pour la validité.

La crainte révérenticlle n'était pas ici qualifiée. Il s'agissait ici d'une étrangère, et le baron de B. n'était pas fondé à attendre l'héritage de cette amie. Si ce cas de nullité avait été admis, le principe de l'indissolubilité eut été trop ouvertement battu en brèche. Cela n'infirme pas notre thèse car l'exception invoquée ne pouvait se justifier la crainte révérentielle ne pouvait exister à l'égard d'une personne simplement amie.

Tout autre est le cas suivant pour lequel la nullité fut prononcée « un jeune homme fut surpris par les parents de la jeune fille dans l'accomplissement de l'œuvre de chair, le père furieux menaça de mort ce jeune homme s'il ne l'épousait pas. Le jeune homme

(I) Gaspari N° 955.

consentit, mais la cérémonie terminée, il s'enfuit de la maison et introduisit une demande en nullité qui fut agréée.

L'application de ce cas de nullité est d'une grande fréquence, combien de mariages ne sont-ils pas contractés sous l'influence des parents qui par des prières, des menaces ont bien vite raison de la résistance de leurs enfants. L'Eglise en annulant le mariage accomplit là œuvre utile et nous ne pouvons mieux faire en terminant ce chapitre que de citer un passage d'une décision de la congrégation de la Rote du 11 mars 1912. « *Profecto si metus ex sola reverentia erga parentes, se alios majores conscipiatur, solus regulariter non sufficit ad imitandum matrimonium, sed si debitœ reverentiae adjungantur aut objurgationes, aut vexationes aut minœ diuturnœ, offensio vel rigidæ et importunœ persuasiones austeri parentis sed superioris cui resistere non solet, potest inde metus excitari, qui in animo filii sed subditi adec influat ut filii sed subditi non amplius consilii sint domini, mens trepidet et imposifiat resistendi alieni imperii.* « La Rote cite Lessius : de justitia et jure I. II. Sanchez Liv. IV. Sabt. I. IV. D'Annibale T.I. N° 138 que va jusqu'à dire : « *sufficit indignatio quæ sit gravis et diuturna sit, malum grave.... non immerito existimatur* ». Acta Apostolica sedis 1912 p. 506.

(1) *Clericatus D. Sacram Nati dec.* XXII N° 34.

SECTION III

Du Consentement donné sous condition

Les canonistes pour justifier leur distinction entre le consentement pur et simple et le consentement donné sous certaines conditions, s'appuient sur le texte de l'Ecclésiaste, chapitre 15 verset 14. « *Deus ab initio constituit hominen et reliquit eum in manum concilii sui* ». C'est précisément cette liberté laissée à l'homme qui dans la théorie de la grace le rend susceptible de mériter ou de démériter, suivant les actions bonnes ou mauvaises qu'il pose. Sans elle l'homme serait incapable de faire un acte de volonté libre. Il serait conduit nécessairement par une main invisible vers un but déterminé et si nous abondions dans le sens du Déterminisme la question du consentement matrimonial valide ou invalide ne se poserait pas, il serait amené inconsciemment à consentir par une volonté plus forte que la sienne. Mais il n'en est pas ainsi, et Dieu « *reliquit eum in manu concilii sui* » et c'est pourquoi l'homme étant capable d'élection, peut par le consentement qu'il donne consentir purement et simplement ou sous condition. C'est ce dernier consentement conditionnel que nous allons examiner.

§ 1. Condition Future

La condition quoique posée dans le futur ou se réalisera certainement et c'est la condition nécessaire, ou ne pourra certainement pas se réaliser, et c'est alors la condition impossible. Nous passerons sous silence la condition future nécessaire. Contracter sous une pareille condition, revient à contracter purement et simplement, car en général c'est une simple plaisanterie. Mais si réellement et de bonne foi, on entend subordonner son consentement, à l'arrivée d'nne condition nécessaire, par exemple s'il fait jour demain, on a tout lieu de craindre pour la stabilité d'esprit d'un pareil contractant.

Quant à la condition impossible, Grégoire VIII, applique à cette matière la même doctrine que celle enseignée pour les testaments, la condition sera réputée non écrite, car on supposera qu'elle a été formulée par plaisanterie, et non dans l'intention de rattacher la validité de son consentement à son évènement. Si par ailleurs elle a été posée de bonne foi et si le contractant a entendu faire dépendre le consentement de son arrivée, ce mariage sera réputé nul, cela dépend de l'ensemble des circonstances, dans lesquelles le consentement a été donné. Aux juges ecclésiastiques d'apprécier.

Ceci dit, nous arrivons à l'examen de la véritable condition future, c'est-à-dire de celle dont on ne sait si elle se réalisera ou si elle ne se réalisera pas. Cette condition peut être licite ou illicite.

Un époux peut dire : Jé veux bien me marier avec vous, mais à la condition que mes parents consentent. Cette condition est licite et le code la sanctionne, en lui donnant pour effet de suspendre la validité du contrat jusqu'à son arrivée. Cela revient à dire en effet nous ne serons mariés que lorsque mes parents auront consenti. Alors par l'effet de nos conventions nous nous trouverons unis, mais alors seulement. Inutile de s'étendre longuement sur un cas aussi clair, qu'il est rare en pratique.

Mais voici le seul cas pratique intéressant, celui de la condition future attaquant directement la substance même du mariage. Cette condition est non seulement réputée posée, mais elle est par elle-même destructive du consentement.

Nous ne devons pas perdre de vue que l'Eglise a toujours considéré le mariage comme un contrat. Or qu'elle est l'essence du contrat, si ce n'est le consentement ? Exemple : si dans un contrat de vente, il est bien stipulé que le vendeur n'exigera jamais le prix malgré la tradition de la chose, nous nous trouvons en présence d'une donation déguisée non plus d'une convention synallagagmatique mais d'un contrat unilatéral, une partie s'appauvrissant sans rien recevoir en échange, dans ce cas, l'Administration de l'Enregistrement la preuve faite percevra le tarif des donations et non plus celui de la vente. Cette hypothèse transportée dans le domaine matrimonial, nous donne un résultat identique. Exemple : l'Eglise admet l'indissolubilité comme faisant partie de la

substance même du mariage, une des deux parties ou toutes les deux, entendent se réserver le droit le cas échéant, de rompre le lien qui va les lier. Le consentement fera défaut, sur une matière formant la substance du contrat. Ce contrat sera nul. Ces consditions contraires à la substance sont demeurées de nos jours d'un usage fréquent, nous allons les examiner en étudiant ; A. La condition contraire à la procréation, B. à l'indissolubilité. C. à l'unité, et nous terminerons ce paragraphe en faisant un rappel de la distinction entre l'erreur relative aux propriétés du mariage et la condition exclusive de ces propriétés.

A. Condition contraire à la procréation.

On comprend sous ce titre l'obligation posée, de ne pas avoir de rapprochements sexuels. Le but peut être illicite. Par exemple si ce n'est pour ne pas avoir d'enfants, ou licite si c'est enfin de garder la chasteté.

Prise dans son sens illicite, cette condition destructive de consentement annule le mariage. Pour qu'il en soit ainsi il faut que la partie qui la pose refuse de donner un droit sur son corps et n'accepte pas un droit sur le corps de son époux. Ce droit au rapprochement participant de l'essence de mariage « si deest, non valet matrimonium ».

Prise dans son sens licite, cette condition a pour but de garder la chasteté. Elle n'en est pas moins destructive du consentement si elle rejette toute dation acceptation du droit au coît. Une sentence de

la Congrégation du Concile, en date du 8 juillet 1724, confirme cette opinion « Jeanne et Louis décidèrent de s'épouser, mais à la condition que, le mariage célébré, Jeanne dans les quinze jours entrerait au Monastère et le temps du Noviciat passé, ferait profession solennelle, entre temps ils ne consommeraient pas le mariage, à cet effet,Jeanne renonçait à tout droit sur le corps de Louis, Le mariage eut lieu, mais il fut cassé dans la suite (1).

B. Condition contraire à l'indissolubilité.

Cette condition se réalise lorsque l'un des époux dit : « Je te prends jusqu'au moment ou j'en trouverai une plus belle, plus riche. Je me réserve le droit de te renvoyer si tu viens à me tromper. L'indissolubilité est une propriété essentielle du mariage et l'écarter expressément n'est-ce pas demander à l'Eglise de donner par ses cérémonies un caractère de respectabilité à une variété d'union libre? L'ancienne jurisprudence de la Congrégation du Concile, qui le 21 juin 1732, annulait un mariage contracté sous la condition qu'il pourrait être rompu dans le cas ou la femme refuserait de suivre son mari, lorsqu'il retournerait dans sa patrie, et de se convertir à la religion orthodoxe n'a pas depuis varié. Il suffit pour s'en convaincre, de citer les propres paroles de M. Fourneret, qui de par sa fonction est au courant de la fréquence de cette nullité, « est-il absolument

(1) Gaspari N° 1007.

inouî que des fiancés conviennent qu'en cas de désaccord, ils entendent bien bénificier de la loi civile et faire rompre par le divorce le mariage qu'ils contractent ? Et cela ne se produit pas seulement, chez des gens du peuple ignorants des choses de la religion, chez qui les souvenirs de l'enseignement « moral et civique » de l'Ecole primaire sont restés plus vivants que ceux du catéchisme, on en trouve des exemples dans toutes les classes de la société ». (1)

« Une cause dont l'officialité de Paris s'est occupée durant plusieurs années, sans avoir d'ailleurs à prendre une décision, mettait en présence un cas de ce genre : un des deux futurs n'était pas baptisé, l'autre entendait bien ne pas épouser une personne païenne. Il insistait pour que le baptême précéda le mariage, mais sans exiger pourtant qu'il fut conféré par un prêtre catholique si cela déplaisait trop au néophyte. Celui-ci se fit baptiser par les protestants, en donnant comme raison de ce choix, si je me faisais catholique je perdrais le droit de divorcer, or je tiens à conserver ce droit, pour le cas où vous me seriez infidèle et si vous me trompez, vous pouvez bien compter que j'en userai. » (2)

Condition contraire à l'unité. Nous nous en référons encore sur ce point au même auteur, « la condition qu'on laissera à la femme toute liberté d'avoir

---

(I) Fourneret P. 137.
(2) Fourneret page 137 et en note.

des amants, pourvu qu'elle laisse au mari la faculté d'avoir des maitresses n'est pas dans le pur domaine des possibles. » (1) Là encore par la position de cette condition, on écarte une conséquence essentielle que le vrai consentemcnt doit produire selon l'Eglise, normalement.

Tels sont les cas dans lesquels le droit canonique annule un mariage à la base duquel les parties contractantes ont posé une condition contraire à sa substance.

Mais comment dès lors concilier ces deux thèses, contradictoires en apparence. Dans la première, l'Eglise n'admet pas la nullité d'un mariage basé sur ce fait que l'un des époux croyait le lien diruptible. Dans la seconde au contraire,elle admet la nullité d'un mariage contracté sous la condition sine qua non, qu'il pourrait être dissout. Il y a seulement là différence, mais non contradiction.

Dans le premier cas, l'époux qui à raison de son ignorance ou de ses préjugés, croit le mariage religieux dissoluble à l'intention néanmoins de se marier autant qu'il est en son pouvoir et le fait d'une erreur quoique portant sur un caractère essentiel. n'annule pas un consentement validement donné. Sinon le mariage des Juifs, des schismatiques, des protestants avec une catholique serait nul.

Dans le deuxième cas, les données du problème ne

---

(2) Fourneret p. 139.

sont plus les mêmes, ici une des parties quelle que soit sa religion, pose comme condition qu'elle entend bien soit quand elle voudra, soit quand tel et tel évènement se produira,pouvoir considérer le lien comme devant être rompu. Celui-là entend contracter un mariage, non pas tel qu'il est réglé par l'Eglise, mais un mariage dépourvu de son caractère essentiel, un mariage mutilé. C'est en vertu de cette distinction entre l'erreur et la condition que l'Eglise ne remarie pas un protestant qui vient à se convertir. Mais il n'en serait pas de même si la condition de ne contracter qu'un mariage dissoluble était mentionné en termes express, soit au cours de la cérémonie, soit au cours des entrevues qui en ont précédé la conclusion. La Congrégation du Saint-Office annule le mariage de certaines sectes protestantes, dans le rituel desquelles la condition de dissolubilité se trouve posée. Il s'agit des Calvinistes de Transylvannie. Leur ministre invite les époux à écouter la lecture de certains passages du Nouveau Testament et commente le texte sacré dans le sens, qu'en cas d'adultère on peut renvoyer sa femme et en prendre une autre, (1)

Sur quels faits l'Eglise base-t-elle cette distinction ? Pourquoi admet-elle que la condition contraire à la substance du mariage annule celui-ci ? L'Eglise considère les époux eux-mêmes. comme ministres du

(I) Gaspari N° 1016.

sacrement, ce sont eux qui se marient, et non le Curé qui les marie, or pour donner naissance à un sacrement, l'Eglise exige des ministres de ce sacrement, la volonté de faire ce qu'elle fait. Or lorsque les époux posent comme conditions l'obligation de ne pas avoir d'enfants, de pouvoir divorcer, de conserver ou de prendre une maîtresse, peut-on dire qu'ils aient l'intention de faire ce que l'Eglise fait ? L'Eglise veut fonder une union indissoluble, eux la veulent dissoluble. l'Eglise ordonne le mariage vers le but unique de la procréation, eux veulent une union stérile, l'Eglise veut l'union d'un seul avec une seule, eux veulent la polygynie, ou la polyandrie. Les deux volontés sont ici opposées et la jurisprudence ecclésiastique est logique en déclarant inexistant un lien que les intéressés eux-mêmes ont pris soin de briser à l'avance. Ces motifs d'une grande fréquence à notre époque de mariages de convenances, permettent à l'époux sur qui le fardeau de l'indissolubilité retombe tout entier, de demander à l'Église la permission de la rejeter.

§ II. Condition de præterito, vel de præsenti

Avec l'étude de cette condition nous touchons au point culminant de notre sujet. L'exposé de la doctrine ecclésiastique, touchant les nullités du mariage, pour conditions de « prœterito vel de prœsenti » va nous permettre de justifier victorieusement l'affirmation que nous avons émise au cours de ce travail, et

que nous répétons maintenant avec plus de force encore : l'intransigeance de l'Eglise sur le principe de l'indissolubilité du mariage est une intransigeance factice, le fossé qui sépare la législation canonique et la législation française, n'existe pas, le mariage dissout par le droit civil sera déclaré nul par le droit canon. Dissolution d'un côté, inexistance de l'autre, voilà à quoi peut se ramener l'opposition des deux législations.

Un doute pouvait à la rigueur demeurer encore, mais ce doute sera levé par la lecture de ces lignes, que nous extrayons de l'ouvrage de M. Fourneret (Chanoine, vice official du Diocèse de Paris, Doyen de la Faculté de Droit Canonique) nous les citons textuellement nous retranchant derrière son autorité.

« Nous avons dit que l'erreur sur la qualité de la personne n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que cette erreur ne soit en dernière analyse, une véritable erreur sur la personne, ou que l'erreur porte sur la condition servile.

Il arrive cependant que même dans les autres cas, l'erreur sur les qualités de la personne peut rendre nul le consentement, par le détour d'une condition apposée ».

« Je pensais épouser une personne riche, en bonne santé, de bonnes mœurs de bon caractère, de bonne éducation, et il n'en est rien.

« Nous avons dit que si je donnais purement et simplement mon consentement le mariage tient. Mais si mon consentement, au lieu d'être pur et

simple avait été conditionnel, si je m'étais méfié que telle ou telle qualité pouvait être imaginaire,que j'ai manifesté mon intention de ne me marier qu'au cas où elles seraient réelles si j'avais fait de l'existence de cette qualité, une condition « sine qua non » de mon consentement, alors la condition des præterito vel de presenti n'étant pas réalisée, je ne serais pas marié.

Trois exemples tirés d'affaires qui ont été plaidées ces années dernières devant divers tribunaux ecclésiastiques, préciseront les idées :

« Un fiancé croit s'apercevoir que sa future est atteinte d'une maladie répugnante : ulcère qui communique à l'haleine une odeur fétide. Il devient hésitant et se montre inquiet. Les parents de la jeune fille l'interrogent, le pressent. Il leur dit ses craintes, et sa volonté très ferme de ne pas contracter avec une personne atteinte d'une pareille affection. Les futurs beaux-parents se récrient, le médecin de la famille intervient d'abord pour certifier que la jeune fille est parfaitement saine, puis pour donner ses soins qui permettent d'induire le jeune homme en erreur, jusqu'à la conclusion du mariage. Ce n'est pas l'erreur ni même le dol, c'est la non réalisation d'une condition *sine qua non de presenti* qui a motivé la sentence de nullité.

« Un jeune homme ayant fait d'excellentes études et dont l'avenir s'annonce des plus brillants, va quitter Paris pour rentrer en province, ou sa famille lui a ménagé un riche mariage. Mais pendant les longues

années de son séjour à Paris, il a entretenu une liaison avec une jeune fille avec laquelle il cohabite encore. Il a toujours été entendu entre eux, que la liaison ne se prolongerait pas au delà de ses études. La personne est intelligente et laborieuse. L'étudiant l'a encouragée et guidée, lui a fait passer des examens, et quand le moment de se quitter arrive, elle se trouve du fait de son ami, en possession d'une situation honorable et lucrative qui assurera son avenir.

« Mais le jeune homme a des scrupules. A-t-il le droit malgré tout ce qu'il a fait pour elle et malgré les conventions de quitter cette compagne qui lui a donnée sa jeunesse pour prendre une femme riche et de son monde à lui ?

« Il consulte et on lui dit qu'il n'en a pas le droit, si vraiment l'étudiante était honnête avant de le rencontrer, et si au cours de leur vie commune. elle lui est restée fidèle.

« Il fait une enquête, il interroge la personne elle-même, bien décidé et il le dit et le répète à s'en tenir aux conventions antérieures et à ne pas l'épouser si elle avait appartenu à d'autres avant leur rencontre et si depuis elle s'est donnée à d'autres qu'à lui.

« Personne n'ose dire au jeune homme la vérité, qui est sur les deux points en opposition avec ce que prétend la jeune fille. Il l'épouse donc, lui sacrifiant sa famille qui ne veut plus le voir, le riche mariage qu'il avait en perspective etc...

« Sa femme le trompe et le quitte. Alors les amis

du quartier latin parlent, mais un peu tard, et lui disent ce que tout le monde excepté lui savait au moment du mariage.

« C'est un peu tard, mais est-ce trop tard ?

« S'il est prouvé que les conditions sine qua non ont été posées au moment du mariage et qu'il soit établi juridiquement que même une seule des deux n'était pas réalisée, l'instance ne pourra avoir comme conclusion, qu'une déclaration en nullité du mariage.

« En voici un troisième pour finir ;

« Une jeune fille élevée très pieusement qu'on destine à un jeune homme beaucoup moins religieux, entend dire que son futur s'est fait inscrire au nombre des membres d'une Secte anti-chrétienne. Elle déclare qu'elle n'épousera pas un franc-maçon. Les parents du jeune homme affirment que leur fils ne l'est pas. Le jeune homme lui-même convoqué à une entrevue, ménagée tout spécialement à cet effet, s'entend dire par la jeune fille en présence de sa mère, qu'elle entend bien ne pas épouser un franc-maçon, et qu'elle ne l'épousera lui que si elle a l'assurance qu'il n'appartient pas à la Secte. Le jeune homme donne sa parole d'honneur, le mariage se fait plus tard la preuve est faite. 1° Il y avait eu une condition « sine qua non » nettement posée ; 2° Le jeune homme s'était fait initier à la Franc-Maçonnerie au moment même où il donnait sa parole, il l'était encore au moment du mariage, puisqu'il est resté après l'échange des consentements. Le consentement de la

jeune fille n'a pas été donné et une sentence de nullité de mariage le constate. » (1)

Ajouter quelque chose à ces paroles serait vain et superflu. Nous nous y refusons d'ailleurs de peur d'en troubler la brillante clarté. Mais alors le mariage est-il indissoluble ? Le prouvera qui pourra...

(1) Fourneret, pages 141-442-143.

APPENDICE

Le Privilège Paulin

Il est faux de dire que l'Eglise, proscrive absolument le divorce. Nous allons voir dans le cas présent l'autorité ecclésiastique, rompre un mariage valide, et permettre aux époux de convoler en justes noces. Nous devons à la vérité de dire que ce cas n'est pas d'une application fréquente. Il ne saurait intéresser des époux catholiques.

L'Eglise pour rompre ce lien s'appuie sur le verset douze, chapitre 7 de la première Epitre de Saint Paul aux Corinthiens : « Si quelques frères a une femme qui n'a pas la foi, et qu'elle consente à habiter avec lui, qu'il ne l'a renvoie pas, si l'incrédule se sépare qu'il se sépare, le frère ou la sœur ne sont pas asservi dans ces conditions ».

Ainsi dans un mariage d'infidèles si l'un des conjoints se convertit à la foi catholique, l'autre restant dans l'infidélité, et ne voulant plus vivre du moins en bonne intelligence avec son conjoint, l'époux converti, le baptême reçu, peut se remarier. « Ce cas peut se réaliser même dans les pays chrétiens et de fait dans le diocèse de Paris, c'est plusieurs fois par an, qu'il se présente. » (1)

(I) Fourneret p. 157.

A quelle condition est subordonnée l'application du privilège Paulin. 1° Le mariage doit avoir été contracté légitimement entre deux non baptisés.

Dans le pays ou la loi civile n'a pas organisé le mariage, le rapprochement sexuel suffit à instituer, deux personnes en l'état de légitime mariage. Dans le pays ou la loi civile, règle le mariage, nous devons nous souvenir que l'Eglise n'ayant aucune juridiction sur les non baptisés, la loi civile seule est compétente pour connaître de la situation de ces derniers.

En résumé si la loi civile n'a rien prévu, la preuve de l'échange libre des consentements suffira pour faire considérer deux personnes comme mari et femme, au contraire si la loi civile a réglé elle-même la matière du mariage, pour savoir ce qu'il vaut, il suffira de s'en référer au législateur civil.

2° L'un des deux époux, doit se convertir à la foi catholique et l'autre rester dans l'infidélité.

Le baptême marque le moment à partir duquel l'époux peut se prévaloir du Privilège Paulin.

3° Il faut que le conjoint resté infidèle, refuse de continuer ou de reprendre la vie commune, *sine contumélia Créatoris*

Il y a offense de Dieu lorsque le conjoint fidèle entend blasphémer, lorsqu'il se voit imposer les principes de la religion qu'il vient d'abandonner.

Le conjoint resté infidèle est cité devant le tribunal ecclésiastique et interpellé sur le point de savoir, s'il veut cohabiter pacifiquement avec l'époux converti.

Si oui, le privilège ne joue pas. Si, ne conformant pas ses actes à ses paroles, il rend la vie intolérable à l'autre partie, celle-ci pourra en tout état de cause, invoquer le Privilège Paulin.

Deux époux juifs mariés suivant la loi de Moïse, la femme se convertit par la suite à la religion catholique et reçoit le baptême. Le mari refuse d'abandonner la foi de ses pères, et prétend imposer ses rites religieux à sa femme, celle-ci se basant sur les paroles de l'Apôtre, pourra demander à l'Eglise,la rupture du lien.

A quel moment ce lien sera-t-il rompu ? Ici l'Ordinaire ne prononce pas la nullité du mariage. Il permet aux conjoints catholiques de se remarier et c'est la célébration de ce nouveau mariage, qui provoquera ipso facto la rupture du premier lien. Mais si, en l'espèce le mari juif se convertit et reçoit le baptême avant que sa femme ait convolé avec un autre, le lien antérieur restera valide, et ne pourra être rompu.

L'application de ce cas n'est pas rare, et plusieurs fois par an, l'officialité de Paris, autorise l'époux qui vient de recevoir le baptême à convoler. De nos jours, l'indifférence religieuse porte les parents à retarder les baptêmes de leurs enfants. On les laisse en suite grandir sans se préoccuper de leur donner une religion. Plus tard ils se marient. L'un des époux peut sous diverses influences être amené à recevoir le baptême. A partir de ce moment, le privilège Paulin recevra son application. Le cas est intéressant, car

c'est le seul ou l'Eglise fasse application du principe du divorce, c'est-à-dire de la rupture du lien dans l'avenir mais non dans le passé.

De la procédure à suivre pour obtenir dispense et consommer le mariage.

Le mariage n'est pas consommé (1)

La doctrine Catholique nous enseigne que le mariage non consommé entre baptisés, ou entre une partie baptisée et l'autre non baptisée, peut être dissous soit *ipso jure* par la profession religieuse, soit par une dispense accordée par le juge apostolique, en vertu d'une juste cause, l'une et l'autre partie le demandant, ou une seule, l'autre s'y opposant. (2)

Pour que la dispense soit accordée par le St-Siège il faut que le mariage ne soit pas consommé, et qu'il existe une juste cause de ne pas le consommer.

La décision appartient au Pape. L'Ordinaire étant seulement chargé de procédé à l'enquête qui permettra de révéler les faits.

(I) Nous avons tenu compte pour la rédaction de cette section du décret de la congrégation des sacrements du 7 mai 1923, promulgué le 1er août 1923.

(2) Canon 1119.

C'est une mesure gracieuse et non une action judiciaire, soit contentieuse soit criminelle. C'est une concession bienveillante du Saint-Siège qui va dispenser les époux de la consommation. Ceci dit, examinons la procédure qui préside à l'action de cette mesure.

§ 1. De foro competenti

C'est la Congrégation des Sacrements qui est seule compétente pour connaître des cas de non-consommation.

§ 2. De la requête en dispense

Seuls les conjoints ont le droit de l'introduire. La supplique est adressée au Souverain Pontife et transmise à la Congrégation des Sacrements, elle doit contenir l'énoncé des faits qui servent de base à la demande.

§ 3. De la Constitution du tribunal

La Congrégation des Sacrements délègue à l'Ordinaire du lieu du domicile des époux, les pouvoirs nécessaires pour instruire le procès.

Le tribunal est composé de la même façon que pour les procès en nullité, nous l'indiquerons lorsque nous traiterons de la procédure.

§ 4. Du rôle du Tribunal

Les moyens de faire naître la vérité sont ainsi indiqués ;

1° Le serment des époux ; 2° La déposition des témoins : 3° L'inspection corporelle pratiquée par des hommes de l'Art ; 4° La production de documents,

lettres, actes judiciaires ; 5° Les indices et présomptions.

Le rôle du juge sera donc : a) de convoquer le tribunal ; b) de citer le défenseur du lien, les parties et les témoins ; c) de désigner les médecins et les accoucheuses qui devront pratiquer l'inspection du corps ; d) d'interroger les parties, les témoins les médecins ; e) d'emettre son avis sur l'ensemble de ces faits.

§ 5. Du rescrit pontifical

La dispense du mariage ratifié non consommée est directement accordée par le Souverain Pontife et expédiée en la forme gracieuse par le Cardinal Préfet de la Congrégation des Sacrements.

Nous n'avons fait qu'indiquer les grandes lignes de la non consommation du mariage, dispense en étant toujours accordée et le décret de la congrégation des sacrements du 7 mai 1923, n'ayant fait que coordonner les décisions éparses et indiquer la marche à suivre pour obtenir l'octroi de cette dispense, nous n'avons pas jugé utile d'insister sur un fait qui n'intéresse que secondairement notre sujet.

(I) La doctrine de l'Église se justifie pleinement

1° Par des arguments juridiques : tant que le mariage n'est pas consommé, il n'est pas parfait maintien seulement du droit de créance

2° Par des arguments d'ordre moral. Dans le cas de non consommation, sauf pour raison d'impuissance, une injure gratuite est infligée par la partie qui refuse de le consommer à l'autre. Des peines disciplinaires devraient être infligées par les tribunaux ecclésiastiques contre la partie qui se soustrait au devoir conjugal.

SECTION II

Le mariage n'a pas " speciem seu figuram matrimonii "

Seul le contrat passé aux mépris des formes substantielles édictées par le Concile de Trente, dans sa vingt-quatrième session n'a pas l'apparence d'un mariage. La nullité s'ensuit, de plano, sans que pour cela il soit nécessaire d'introduire une action en nullité devant les tribunaux ecclésiastiques. L'étude de ce cas répondra à la troisième question que le juge doit se poser lorsqu'il se trouve en présence d'une demande en nullité : les formes substantielles ont elles été sauvegardées. Nous nous sommes assez étendus sur la forme du mariage, lorsque nous avons étudié la formation du lien pour n'avoir pas à y revenir ici.

CHAPITRE I

De la présence du Curé et des témoins

§ 1. Avant le Concile de Trente

Nous avons dit que l'Eglise, jusqu'à la promulgation du Décret Tametsi, considéra comme valide les mariages célébrés hors de la présence du Curé, et sans l'assistance des témoins. Le rapprochement sexuel suffisait à transformer les fiançailles «sponsalia de futuro» en mariage valide « sposalia de præsenti » cette doctrine était universellement enseignée et le concile de Trente en reconnut le bien fondé. « *Tametsi dubitandum non est clandestinæ matrimonii libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia quamdiu Ecclesia invita non fuit et damnandi sunt illi, ut eos Sanctus Synodus damnat qui est vera ac rata esse negant* ». On ne peut être plus clair.

Cette façon de procéder entraînait avec elle des difficultés. Quand il s'agissait de prouver le fait du mariage, deux cas pouvaient se présenter : 1. Le mariage a été célébré devant témoins, mais hors la présence du Curé. Les témoins sont crus sur parole et la preuve du mariage résulte de leur déposition.

2, Le mariage a été contracté hors la présence de toute personne.

Ici la preuve était impossible. L'Eglise distinguait

A) les deux époux affirment la réalité du mariage ; l'Eglise tient le mariage pour réel, B) l'un et l'autre époux nient l' « Eglise permet de convoler séparément. (Alexandre III de cland. disp. cap, 2, C) l'un nie et l'autre affirme, c'est à celui qui affirme à prouver ses dires. S'il ne le peut, l'Eglise ne les considère pas comme mariés.

Qui n'aperçoit le danger d'une pareille conception cependant l'Eglise logique avec sa conception du mariage contrat, ne pouvait poser d'autres solutions. C'était, à peu de chose près, le divorce par consentement mutuel. Pour parer à ces inconvénients le Concile décrèta que le mariage devrait à peine de nullité, être célébré en présence du Curé et d'au moins deux témoins.

§ 2. Après le Décret du Concile

Cette obligation ne changeait pas pour cela l'essence du mariage. La validité continua à dépendre toujours du consentement des époux et de l'absence d'empêchements dirimants. Les conjoints furent comme par le passé les ministres du sacrement qui allait les lier. Le Curé ne fut plus dès lors qu'un témoin autorisé. Le Concile voulut empêcher le retour des abus qui rendirent son intervention nécessaire. Le mariage, avait besoin d'être prouvé. C'est pourquoi, le décret Tametsi, en fit un contrat solennel. A cette disposition impérative il fallait une sanction. La validité même du contrat était en jeu.

A. De la Promulgation du Décret.

Le Concile décida que, pour que le Décret soit obligatoire, il devrait être promulgué dans chaque paroisse, d'où la promulgation dans un synode diocésain, dans une église cathédrale, est insuffisante, et n'oblige pas les fidèles des autres paroisses. Le Concile revint à plusieurs reprises pour préciser sa volonté, ici « *in singulis diocesis parochialibus ecclesiis* » Là « *in unaquaque ecclesia* » Là encore « *in eadem parochia* ».

Nous avons indiqué qu'il fallait chercher les raisons de cette manière de procéder dans la crainte qui assaillit le Concile sur la remarque que fit le Père Lainez de la S. J. de voir le nombre des naissances illégitimes et des concubinages augmenter par suite de la scission des protestants. Pour obvier à ces inconvénients il fut décidé que le décret n'aurait force de Loi que dans les paroisses où il serait promulgué. Il était certain que dans les endroits où les protestants étaient en majorité, il ne le serait pas. L'ancienne discipline resterait donc en vigueur. En France il faut arriver au règne de Louis XIV pour voir ce décret avoir force de loi. Il faut encore en excepter la principauté de Montbéliard qui dépendait alors des ducs de Wurtemberg.

B. De la Forme substantielle.

Nous l'avons déjà indiqué dans la première partie de cet ouvrage. Qu'il nous suffise de rappeler que le mariage doit être contracté en présence du propre curé et de deux témoins.

C. Des Personnes obligées par le Décret

La portée de la loi est à la foi territoriale et personnelle. Territoriale, lorsqu'elle a été certainement promulguée dans l'endroit, elle oblige tout le monde, les vagi comme les indigènes.

Personnelle elle oblige : 1° Tous les Baptisés dans l'Eglise Catholique, et ceux qui sont venus à elle de l'hérésie ou du schisme ; 2° Ces mêmes catholiques, s'ils contractent avec des catholiques baptisés ou non; 3° Les Orientaux quand ils contractent avec des Latins astreints à cette forme. Quand aux non catholiques, s'ils contractent entre eux, qu'ils soient ou non baptisés, ils ne sont tenus en aucun lieu à observer la forme prescrite.

Tel est le troisième grand chef de nullité. Quelques mots sur la procédure à suivre devant les tribunaux et l'exposé de la procédure de dispense de mariage non consommé termineront l'étude des causes de rupture des liens en droit canonique.

APPENDICE

§ 1. De la procédure à suivre pour obtenir la nullité du mariage consommé

L'instance est introduite par une requête adressée à l'Evêque du Diocèse, où le défendeur a son domicile ou son quasi domicile. Celui-ci a la qualité de défendeur qui n'est pas demandeur, bien qu'il ne soit pas personnellement pris à partie, mais seulement le mariage. L'Evêque est seul compétent pour juger des cas de nullités invoqués devant lui. Il préside le tribunal qui va être chargé de suivre le procès. Dans les Diocèses ou les affaires sont nombreuses il délégue ses pouvoirs à un official ou à un ou plusieurs vice officiaux. L'official est assisté de deux assesseurs. Le mariage est défendu par un ministère public qui ici prend le nom du Défenseur du Lion,. Ses fonctions consistent à assister à l'interrogatoire des parties, des témoins, des experts à rédiger le questionnaire sur lequel seront interrogées les parties et les témoins, à répondre par écrit au mémoire de l'avocat des parties. La requête introductive d'instance parvenue, l'Evêque nomme un juge qui va procéder à l'interrogatoire. La personne citée pénètre seule dans une salle. Identifiée, elle prête serment sur les évangiles. Une confrontation des témoins ne peut avoir lieu que dans des cas exceptionnels. L'enquête terminée, le dossier est communiqué aux parties. L'avocat

discute par écrit, les points de droit ou de fait. Son plaidoyer est remis au défenseur du lien qui rédige ses *animadversiones* auxquelles peut répliquer l'avocat. Mais c'est le défenseur du lien qui intervient toujours le dernier. La sentence est rendue à la majorité des voix, par l'official et ses deux assesseurs. Pour que le demandeur ait satisfaction, il faut que le tribunal déclare : « il conste de la nullité », s'il déclare il ne conste pas suffisamment de la nullité, la demande est rejetée mais en laissant de l'espoir à l'appelant et en indiquant par là au juge d'appel que les juges de première instance avaient quelque raison d'opiner pour la nullité. Le défenseur du lien doit toujours faire appel dans les dix jours, lorsque la nullité est prononcée. Le tribunal d'appel est l'officialité métropolitaine. Si c'est elle qui a connu du procès en première instance, l'appel est porté devant l'officialité diocésaine, désignée une fois pour toute par l'Archevêque pour connaître les appels. Telle est la marche de la procédure sommairement indiquée. Nous n'en avons traité que pour détruire l'idée fausse que se font la plupart des personnes, en croyant que les procés en nullité, sont tranchés par la Cour de Rome. Rome ne connaît que les procès des Souverains et des Rois.

Conclusions

De l'ensemble des faits que nous venons d'examiner il résulte que l'Eglise ne rompt jamais un mariage valide, exception faite du cas d'application du Privi-

lège Paulin. Pour en apprécier la validité, il faut se placer au moment où les consentements ont été échangés, et n'avoir égard qu'aux circonstances antérieures ou concomitantes à cet échange. Il est rare qu'un canoniste ne découvre pas dans l'arsenal du droit canon, l'arme qui permettra de rompre le lien conjugal. Il est bien difficile de se libérer des mailles du filet des empêchements dirimants, des vices de consentement, du défaut de forme substantielle. Comme le dit si bien Mgr Fourneret, parlant d'un des vices qui peuvent entâcher de nullité de consentement : « Il arrive cependant que même dans les autres cas où l'erreur serait indifférente à la validité » l'erreur sur les qualités de la personne peut rendre nul un consentement « par le détour d'une condition apposée. » Attaqué en face le principe d'indissolubilité résistera pris de flanc par le détour d'une condition apposée d'un empêchement dirimant, etc... cette statue aux pieds d'argile s'effondrera.

DE LA RUPTURE DU LIEN EN DROIT CIVIL FRANÇAIS

INTRODUCTION

Aux maux dont souffraient les époux dont une mésentente constante rendait la vie commune insupportable, le législateur civil, jusqu'au 20 septembre 1792.et de1816 à 1885 ne pouvait offrir qu'un remède inopérant destiné seulement à endormir la douleur plutôt qu'à opérer une guérison radicale. Habitués par de longs siècles de discipline eclésiastique à considérer leur union comme indissoluble, les époux s'étaient pliés par la force de l'atavisme sous la volonté toute puissante de l'Eglise. Impuissante à détruire ce foyer chancelant sur ses bases, ils en constituent un autre, en dehors et en marge.

A chaque époque où l'histoire enregistre un soubresaut ou des hommes essaient de substituer à l'ordre établi un ordre spécial qu'ils croient meilleur, ce principe de l'indissolubilité est l'objet même de la lutte qui se livre. Commencée avec Luther et Calvin, continuée par les philosophes du XVIII[e] siècle, en particulier, Diderot et Jean Jacques Rousseau, la lutte entre partisans et adversaires de la rupture devait devenir chaque jour plus acharnée, à partir de la chute de la Royauté. Le 20 septembre 1792, ce vieux principe avait vécu, Le législateur civil ne considérant plus le mariage, que comme un contrat civil, appliqua à cette matière, les règles qui président à la formation et à la rupture des contrats. Nous avons

exposé dans l'historique qui ouvre l'étude de cette troisième partie, les vicissitudes par lesquelles est passé le principe du divorce. Nous n'avons pas à y revenir. Dans cette partie nous nous bornerons à étudier la loi de 1884 qui abolissant celle de 1816, rétablit le divorce en France.

Auparavant il est utile d'étudier rapidement les nullités en droit civil, pour montrer qu'à l'inverse de la législation ecclésiastique le législateur français n'a pas entendu chercher en cette matière le remède propre à guérir les époux. En effet dans l'ancien droit comme dans la période qui va de 1816 à 1884 les nullités présentent une importance très supérieure à celles qu'elles ont de nos jours « elles étaient sou- « vent utilisées comme tempérament aux principes « de l'indissolubilité. Le rétablissement du divorce « depuis 1884 enlève beaucoup de leur intérêt, aux « questions des nullités, du moins en ce qui concerne « la jurisprudence civile » (1). Est-il besoin dans ces conditions de s'étendre longuement sur ces nullités qui ne peuvent intéresser notre sujet. S'il est utile pour illustrer notre affirmation d'indiquer quelques chiffres en voici : le nombre de ces procès ne fut que de 30 en 1900 et 31 en 1905. Ainsi la simple énumération suffira à démontrer ce que nous affirmions plus haut à savoir que le législateur français ne se sert pas des nullités de mariage que comme d'un remède aux

(1) Collin et Capitant p. 165 op. cit.

maux dont souffrent les époux, ces nullités sont au nombre de six.

A.- Vices de consentement, on ne comprend par là que la violence et l'erreur entendus dans leur sens restrictif. Il n'est fait état que de la violence physique. La violence morale, celle issue par exemple de la crainte révérentielle à l'inverse du droit canon est ici indifférente. Quant à l'erreur on ne retient que l'erreur sur l'identité physique de la personne. Nous sommes loin des subtiles distinctions du droit canon ;

B.- Défaut d'autorisation de parents. Le délai assez court (un an) imparti pour l'exercice de cette action, enlève le peu d'intérêt qu'elle pouvait présenter pour nous ;

C.- L'impuberté. Nous l'avons retrouvée en droit canon, l'âge nubile est ici 18 et 15 ans ;

D.- Bigamie ;

E.- Inceste. La parenté en ligne directe est un obstacle à l'infini. En ligne collatérale, entre frères et sœurs, oncles et nièces, tantes et neveux. Quant à l'alliance elle ne produit empêchement qu'en ligne directe. La loi du 1er juillet 1914, a supprimé l'interdiction portée auparavant contre les mariages entre beaux frères et belles sœurs ;

F.- Défaut de publicité. En cette matière tout se réduit à une appréciation de fait, et les juges civils sont souverains pour décider si le défaut de publication, ou l'incompétence de l'officier de l'état civil est de nature à entraîner la nullité pour raison de clandestinité.

On ne peut vraiment pas voir là, un remède à dispenser aux époux. En effet à côté de celà la loi civile offre au conjoint malheureux, une médication énergique, peut-être brutale, mais qui du moins a le mérite d'être claire. Nous allons donc étudier cette loi de 1884, qui dit aux époux désunis, allez désormais par des chemins différents, la communauté de vie source de votre mal, n'existe plus, et si dans les voies séparées que vous allez suivre maintenant, vous pouvez trouver avec la paix la possibilité de reconstruire ce foyer, que je viens de détruire, votre mal sera définitivement vaincu.

Nous n'avons pas ici à suivre les sentiers tortueux que nous avons suivi avec le droit canon. Notre tâche sera singulièrement facilitée. Le législateur français, admettant la rupture du lien, nous n'avons pas à faire de détours. Par la seule étude de la loi de 1884, nous atteindrons notre but, qui est d'indiquer les remèdes offerts par la législation canonique et la législation civile aux époux désunis.

CHAPITRE I.

LA LOI DE 1884

C'est le 11 novembre 1881 après trois tentatives infructueuses que M. Naquet, présenta, à la Chambre des Députés, son projet de rétablir le divorce en France. M. de Marcere, au nom de la commission d'initiative parlementaire présenta un rapport tendant à l'admission de ce projet. La prise en considération votée le 10 décembre 1881, un rapport définitif fut alors déposé par le même M. de Marcere, le 14 mars 1882, et les conclusions discutées furent adoptées en première lecture le 8 mai 1881. La discussion continua les 13, 15, 17 et 19 juin 1882, et se termina par l'adoption du projet par trois cent trente une voix contre 138 sur 469 votants (Journal Officiel des 14, 16, 18 et 20 juin 1882) cette proposition transmise au Sénat le 27 juin 1882, tendait à l'abrogation de la loi du 8 mai 1816 et au rétablissement du titre VI livre 1er du Code civil, relatif au divorce y compris le divorce par consentement mutuel. La Commission du Sénat saisie de ce projet, se trouva en présence de trois contre projet.

Le premier émanant de M. Bernard, acceptait les propositions de la Chambre, sauf deux modifications. La première relative au divorce par consentement

mutuel, la deuxième à la disposition de l'art. 310 qui permettait au défendeur condamné pour adultère, d'obtenir de plein droit, après trois ans la conversion de la séparation de corps en divorce.

Le deuxième présenté par MM. Griffe, Salensenc, Emile Labiche, et par un assez grand nombre de leurs collègues, la plupart magistrats ou jurisconsultes, proposèrent l'abrogation de la loi de 1816 et comme conséquence, le rétablissement pur et simple des dispositions du Code civil ;

La troisième était formulée par M. Aymard Duverne. La caractéristique était de restreindre la possibilité du divorce au cas où les conjoints n'auraient pas d'enfants, c'est pourquoi il fut appelé le divorce restreint.

Ce fut ce dernier qui fut adopté par la Commission sénatoriale à la majorité de 5 voix contre 4. Le rapport fut présenté par M. Labiche, le 7 février 1884 et le 24 juin 1884, le Sénat votait l'abrogation de la loi du 8 mai 1816, par 153 voix contre 116 sur 269 votants. Le projet était à peu de chose près, celui de la chambre sauf quelques modifications dont la plus considérable était la suppression du divorce par consentement mutuel. Ainsi amendée, le projet revint à la chambre et fut adopté sans modifications le 19 juillet 1884. Telles furent les phases par lesquelles passa le projet Naquet, depuis son dépôt, le 11 novembre 1881, jusqu'à son adoption le 19 juillet 1884.

Dans quels cas déterminé et à quelle maladie du foyer le législateur applique-t-il cette médication

énergique, que constitue la divorce ? c'est ce que nous allons examiner.

§ 1 Adultère.

Trois éléments sont nécessaires, pour que la foi que se doivent les époux soit violée, 1° l'union sexuelle de l'un d'eux avec un tiers ; 2· L'état de mariage ; 3· la volonté. Sur quels moyens de preuve va s'appuyer l'époux outragé ? Sur les moyens de droit commun et notamment par témoins et simples présomption. Il n'est pas nécessaire que l'adultère ait été consraté de visu. Il suffit que d'après les témoignages recueillis ou les autres circonstances de la cause, les juges puissent acquérir la conviction intime que la foi conjugale a été violée.

§ 2 Excès, sévices, injures graves.

La notion d'excès, sévices et injures graves, pour lesquelles l'article 231 du Code civil, autorise la dissolution du lien matrimonial est une notion assez mal définie. En effet si on peut dire avec assez d'exactitude, que par les mots d'excès et de sévices on doit entendre les violences physiques dont l'un des époux est victime « les expressions d'injure grave, n'ont pas la même précision ainsi que l'observe Savoye Rollin dans son discours au Tribunat. Le rapprochement de celles d'excès et de sévices permet seulement de conclure qu'elles sont au moral ce que les autres sont au physique les premières sont si l'on peut parler ainsi, la violence du corps et les secondes la violence des

sentiments. (1) Pour restreindre ce qu'a de vague cette notion indécise, nous appliquerons aux excès, sévices et injures graves, quatre conditions, qui résultent elles mêmes des principes généraux. Il faut en effet que les faits articulés à l'appui d'une demande en divorce. 1· Emanent de l'époux auxquels ils sont imputés. 2· Soient l'œuvre de sa volonté libre et consciente, 3· Atteignent l'autre époux lui même, ne serait ce qu'indirectement, mais non un étranger. 4· Consistent enfin non point dans l'exercice régulier d'un droit, mais dans son abus et sa violation.

1° Il suffit d'énoncer la première condition, pour en démontrer l'exactitude. On ne peut en effet reprocher à quelqu'un un acte auquel il est resté complètement étranger.

2° (Les faits articulés doivent être l'œuvre d'une volonté libre et consciente. On ne peut en effet imputer à une personne des faits qu'elle a accomplie, sous l'influence d'une force étrangère. Ainsi des actes de violences graves même lorsqu'ils rendent la vie insupportable, ne peuvent être une cause de séparation s'ils ont été commis pendant un accès de folie, (Bordeaux 28 juillet 1886), ou par un époux ne juissant pas de toutes ses facultés mentales, (Rennes 12 novembre 1895). Mais encore faut-il que l'irresponsabilité ait été établie. Il ne suffirait pas qu-ils aient été perpétrés sous l'empire l'excitation alcoolique, dans un accès de jalousie.

(I) Ferret F U. p. 502.

3° Les faits articulés doivent atteindre l'époux lui même serait ce indirectement mais non un étranger.

Si le fait incriminé observe M. Carpentier, au lieu de s'adresser à une personne dont le soin est imposé par la nature ou par la loi, au conjoint, s'adresse à une personne pour laquelle ce conjoint n'avait que des sentiments d'affection volontaire, quel que fussent les caractères de cet affection, les tribunaux ne pourraient que rejeter la demande, Carpentier T. I. N° 29.

3° Les faits incriminés ne doivent pas consister dans l'exercice normal d'un droit, mais dans son abus ou sa violation. Lorsque l'un des époux use de son droit il ne peut être inquiété à raison de cet usage légitime. Ce n'est qui s'il l'outrepasse, s'il le viole. Ainsi le mari qui pour obliger la femme à réintégrer le domicile conjugal, saisit les revenus et refuse de payer ses fournisseurs, la femme ne peut se faire de l'emploi de ses procédés un grief à l'appui d'une demande en séparation de corps (Lyon 19 mars 1870). La question ainsi délimitée, examinons chaque cas particulier ;

Excès.

Dans le projet présenté par le Conseil d'Etat au tribunat ce mot était remplacé par celui de crime, et l'intention du législateur était de punir « l'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre (1). Lors de la discussion de la loi de 1884, on fit remarquer que si

(I) Locré T S. p. 103.

l'on laissait subsister l'ancien terme de crime, on mettait l'époux demandeur dans la nécessité d'accuser son conjoint du crime qui pourrait le conduire à l'échafaud ou de souffrir en silence.

On remplaça alors ce terme par celui d'excès qui avait l'avantage de ne point solliciter trop vivement dans une procédure, l'attention du Ministère Public.

Il résulte cependant, de l'historique qui précède, qu'il faut prendre le mot dans le sens de la locution dont il a occupé la place. Demolombe, définit ainsi les excès : « les actes qui dépassent la mesure ou plus précisément les attentats qui compromettent la vie de celui qui en est la victime ».

Sévices

Par son étymologie même et sa comparaison avec le mot excès dont il est rapproché ce mot acquiert une signification précise ; c'est un acte de violence qui ne met pas en danger la vie du conjoint. Mais une telle définition serait par elle-même insuffisante et motiverait les demandes basées sur des actes mêmes légers, il faut donc un nouvel élément. C'est celui là même qu'indiquait Treillard dans son exposé au Corps Législatif : « Il serait superflu d'observer qu'il ne s'agit pas de simples mouvements d'humeur, mais de mauvais traitements personnels, de sévices dans la rigoureuse acception de ce mot *sœvitia*. » Ainsi rentre dans la catégorie des sévices le fait pour un mari d'avoir imposé, sans ménagements pour sa femme,

des rapprochements qui ont déterminé une maladie, et le fait d'avoir, malgré l'avis d'un médecin, continué à imposer ces rapprochements qui ont eu pour conséquences d'aggraver la maladie. (Poitiers, 3 décembre 1894).

Injures

La plus grande divergence existe parmi les auteurs lorsqu'il s'agit de donner des injures une notion précise. Il est un fait certain, c'est qu'en matière de divorce, il faut au moins entendre par injures, les faits qualifiés tels par la loi pénale, c'est-à-dire « toute expression outrageante, termes de mépris, ou invectives qui ne renferment l'imputation d'aucun fait », loi du 21 juillet 1881, article 29. A plus forte raison y a-t-il injure dans le cas de diffamation. Il n'est pas contesté que la notion d'injures a un sens beaucoup plus large que celui dans lequel il est pris par la législation pénale ou le langage commun. Toute la difficulté est de préciser dans quelle mesure il dépasse cette acception restreinte. Deux opinions se sont fait jour.

Dans la première, on se préoccupe surtout pour déterminer s'il y a injure de l'intention de celui qui a commis l'acte incriminé. Elle exige deux éléments : l'un matériel et l'autre intentionnel, mais en s'appuyant surtout sur l'élément intentionnel. « Le fait commis, écrit Colmet de Santerre (T. I. N° 524 bis II), doit surtout être intentionnel, l'outrage ne se comprend pas sans l'intention d'outrager, comprendrait-on

l'outrage consistant en l'emploi d'un mot d'une langue étrangère, par un époux qui ignore le sens de ce mot. »

La deuxième opinion déclare au contraire qu'il y a injure en dehors même de toute intention, par cela seul qu'il y a un acte contraire au droit. Ici le mot est pris dans son sens étymologique, de *in juris*. Deux catégories d'injures sont dès lors possibles, l'une dans laquelle il y a la volonté d'atteindre le conjoint, c'est l'injure directe ou subjective, dans l'autre au contraire, l'auteur de l'acte n'a pas eu la volonté d'atteindre son conjoint. L'injure ne l'atteint que par ricochet, c'est l'injure indirecte ou objective.

Entre ces deux théories, on le voit, la différence est grande. L'une s'attachant aux intentions de l'auteur de l'acte, a pour effet de restreindre la notion d'injure, dans les limites assez étroites, l'autre ne voyant que les résultats produits étend au contraire cette même notion, sans presque lui assigner de bornes.

Laquelle des deux est la plus juridique? La loi n'ayant pas défini l'injure, il n'est possible d'invoquer à l'appui de l'une et de l'autre que des considérations morales, ou des arguments tirés des travaux préparatoires. Quoi qu'il en soit, si l'on se place au point de vue pratique, de l'étude des arrêts et des jugements rendus en la matière, de ces deux théories, c'est à la deuxième que se rallie la jurisprudence. L'absence de définition dans les textes donne aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation. Ayant pris

l'habitude d'en user dans le sens le plus large, ils ont fini par étendre singulièrement les causes de divorces admises par le Code Civil. Il arrive ainsi que suivant une expression pittoresque, la cause de divorce pour injures graves est « un vaste réservoir », où viennent se confondre ou se réunir toutes espèces de causes de divorce non prévues par le légistateur (1).

4. Condamnation à une peine afflictive ou infâmante

L'énoncer, c'est légitimer la cause. Peut-on river son existence à celle d'un forçat ?

Quels sont les cas dans lesquels le législateur de 1884 autorise la rupture du lien matrimonial ?

Une différence capitale le sépare de ceux de 1792 et de 1804 qui tous deux admettaient le divorce par consentement mutuel, rendant ainsi les foyers français assez instables. M. Naquet, dans son projet déposé le 11 novembre 1881, avait bien épousé les idées de ses prédécesseurs, mais il dût, pour assurer le triomphe de sa proposition, consentir ce sacrifice.

Le principe du divorce avait été, en effet, tant à la Chambre qu'au Sénat, l'objet d'une lutte acharnée, qui ne se prolongea pas moins de huit séances. A la Chambre, les partisans, MM. de Marcere et Léon Renaud, eurent pour adversaires MM. Henri Giraud, Armadud, Freppel et Durand. Au Sénat, les défen-

---

(I) Pandectes françaises 1897 p. 343 N° 405.

seurs, MM. Lafont de Sainmur, Naquet, Martin Feuillet, garde des sceaux, Emile Labiche, de Pressenssé, eurent pour adversaires Jules Simon, Allou, Marcel Barthe, Chesnelong et Emile Lenœl. De part et d'autre, de nombreux arguments furent invoqués.

1° *Le divorce est-il dans le vœu des populations ?* — Pour l'affirmer, les partisans de la réforme s'appuyaient sur ce fait que les députés qui en 1880 avaient repoussé la deuxième proposition Naquet ne furent pas réélus.

2° *Le divorce est-il contraire à la liberté de conscience ?* - Oui répondent les adversaires, non d'après les partisans, car l'époux catholique dont le conjoint aura divorcé, n'est pas obligé de se remarier. Ce que l'Eglise prohibe c'est le remariage, du vivant du premier époux, et non la séparation. En outre, le législateur légifère pour tous, catholiques comme protestants ou juifs. Au contraire, disait Portalis, ce qui oblige les lois civiles à admettre leur divorce, c'est précisément la liberté de conscience.

3° *Le divorce porte-t-il atteinte à l'institution du mariage ?* — Ses adversaires l'ont affirmé. Le nombre des mariages diminuera et, par contre coup, celui de la population, car les parties ne voudront pas contracter une union dont la dissolution dépendra du fait de la volonté d'un seul. Au contraire, disaient les partisans, l'objet essentiel du divorce étant de donner aux époux, qui étaient réduits au célibat par la séparation de corps, la faculté de se remarier, le nombre

des mariages augmentera et par contre coup la population.

4° *Le divorce porte-t-il atteinte à l'intérêt des enfants ?* — C'est l'argument qui fut invoqué avec le plus de succès. Que deviendront les enfants, demandent les adversaires de la proposition ? A quoi les partisans répondaient, en opposant la situation des enfants dont leurs auteurs venaient à se remarier après le décès de l'un ou de l'autre. (Discours à la Chambre de M. de Marsere, le 8 mai 1882, Léon Renaud, le 13 juin ; au Sénat, M. Naquet, le 26 mai 1884 et Martin Feuillot, le 29 mai 1884).

Tels furent les arguments pour et contre la réforme, les partisans néanmoins l'emportèrent et nous donnèrent la loi du 29 juillet 1884 que nous venons d'étudier.

CHAPITRE II.

APPRÉCIATIONS DE LA LOI DE 1884

Pour obtenir gain de cause auprès de leurs collègues du Sénat et de la Chambre et, secondairement, auprès de l'opinion, à ce moment là peu favorable au rétablissement du divorce, les promoteurs de la loi durent, désapprouvant leurs prédécesseurs outranciers de 1792, se montrer plus rigoureux que le législateur de 1803, en supprimant le divorce par consentement mutuel. On était loin en effet des principes absolutistes des révolutionnaires sur la liberté humaine, ayant devant les yeux les funestes résultats obtenus en lachant la bride aux passions. MM. Naquet et de Marcere firent de la dissolution du mariage un remède d'exception au début parcimonieusement dispensé aux mauvais ménages. Ils pensaient, par le nombre restreint des causes de rupture, par la longueur des formalités imposées, répondre victorieusement aux attaques dont leur projet fut l'objet et qui ont été énumérées plus haut. Les résultats, il faut le reconnaître loyalement, n'ont pas répondu à leur attente. Les craintes exprimées par leurs adversaires se trouvèrent justifiées et cette loi qui devait constituer un remède d'exception devint bien vite, en fait, un remède commun, dispensé avec largesse à tous les

ménages malades peu ou prou. Voici en effet, de 1885 à 1890, le nombre des divorces ou des séparations de corps :

Années	*Divorces*	*Séparations de corps*
1885	4.123	2.122
1886	4.005	2.206
1887	5.797	1.826
1888	5.482	1.694
1889	6.249	1.153
1890	6.557	1.579
1891	6.431	1.536
1892	7.035	1.537

De la simple inspection de ces chiffres il résulte que le mouvement des divorces et des séparations se traduit par une augmentation des divorces que ne vient pas compenser la baisse des cas de séparations. A côté de cette constatation il en est d'autres qui viennent contredire les assertions apportées à la tribune par les promoteurs de la loi. Le nombre des mariages diminue. De 283.170 en 1885 il est tombé à 269.332 en 1892. D'autre part ce sont, selon les témoignages de M. Georges Michel (*Economiste Français* du 30 octobre 1891), ce sont les départements qui fournissent la proportion la plus élevée de divorces qui sont en décroissance au point de vue de la population.

A quelle cause convient-il d'attribuer cet accroissement imprévu de divorces. Deux principales méritent d'être signalées, la tendance de la jurisprudence et la simplification de la procédure.

La première de ces causes est indiquée par le Ministère de la Justice, dans son rapport au Président de la République, sur l'administration de la justice en France, pour l'année 1892. « Il y a une tendance grandissante de la jurisprudence à accueillir les demandes en divorce. Le nombre des demandes accueillies qui, en 1891, étaient de 74 °/₀ furent, en 1892 de 76 °/₀. Au fur et à mesure que se multiplient les demandes, les juges se montrent de plus en plus disposés à les accueillir. » Au surplus, la jurisprudence a trouvé dans l'opinion publique une sorte d'encouragement. « Nous pensions que, dans un pays de tradition comme la France, un homme divorcé, et surtout une femme, subirait une sorte de *capitis diminutio*, un déclassement social, qui ferait hésiter les plus déterminés. Les événements n'ont pas précisément confirmé nos prévisions. » A cette cause, il faut ajouter la simplification de la procédure et le développement de l'assistance judiciaire qui permet aux époux d'obtenir le divorce sans s'exposer à un débours. Un fait intéressant à relever c'est que toute proportion gardée, les demandes en divorces aboutissent plus souvent que les demandes en séparations. Pour l'éclaircissement de cette apparente anomalie, il faut faire remarquer que les milieux où l'on est plus porté à recourir au divorce qu'à la séparation diffèrent profondément de ceux où l'on use plus

---

(I) Georges Michel. Économiste Français 1892.

volontiers de la séparation que du divorce ; et que par suite les deux termes ne sont pas exactement comparables (rapport précité du Ministère de la Justice).

Les ménages sans enfants ont le plus souvent recours au divorce alors que les ménages avec enfants recourent à la séparation.

	Divorce	*Séparation*	*Rapport*
Ménages avec enfants	4.182	1.344	1 à 3
» sans »	3.218	710	1 à 4.5

L'influence de la durée du mariage est assez remarquable.

	Divorce
Ménages de 1 à 5 ans.	2.585
» de 5 à 10 ans.	3.703
Au-dessus de 10 ans.	2.285

Tels sont les résultats auxquels on aboutit en transformant en règle commune ce qui ne devrait être que l'exception. Les époux impatients de toute contrainte, secondés par une jurisprudence trop large, font du mariage une sorte d'association temporaire, destinée seulement à réaliser l'ambition, à assouvir un désir. Le dérèglement des mœurs s'ensuit. Les époux prennent ce qui n'est qu'un nuage passager pour incompatibilité profonde, la soif de jouir leur fait oublier les devoirs que le mariage impose et l'on assiste à ce fait d'une tristesse extrême, le lien rompu moins de trois mois après sa formation. Est-ce à dire qu'il faille condamner le divorce dans son principe même, et faire de nos jours, au point de vue religieux comme

au point de vue civil, de l'indissolubilité la règle commune. Nous ne le pensons pas. A l'heure actuelle le divorce est trop profondément entré dans nos mœurs pour faire, sans danger, machine en arrière. Ce serait là une faute grossière, qui ne réfrènerait pas les passions et ne ferait que les recouvrir du voile de l'hypocrisie :

En effet : « Inutile chez un peuple naissant, dont les mœurs rigides et pures assurent la stabilité du foyer, l'institution du divorce est nécessaire chez un peuple vieilli ou les passions, les mœurs corrompues, ont diminué le pouvoir de résistance et entraînent la violation de la foi promise. Inutile chez un peuple où un seul culte est en vigueur, elle devient nécessaire chez un peuple où la diversité des cultes, fait une obligation au législateur de légiférer pour tous et non seulement pour la majorité. Peut-on espérer, par une institution quelconque, remédier si efficacement au désordre que l'on ait plus besoin de remèdes ? Oh, alors, le divorce, qui ne peut être un bien, mais seulement le remède d'un mal, le divorce doit nécessairement disparaître. Mais si l'on ne peut trouver le moyen d'assortir si parfaitement les unions conjugales, qu'on ne puisse rendre aux époux le sentiment et l'amour de leurs devoirs respectifs, assez du moins pour espérer qu'ils ne s'en écarteront plus, pourquoi présenter alors comme un mal un remède nécessaire. Que ceux qui confondent volontairement le mal et le remède, nous indiquent le moyen de parer à ces inconvénients. Dans les maux physiques

un artiste habile est obligé de sacrifier un membre pour sauver le corps entier. Ainsi les législateurs admettent que le divorce pour arrêter des maux plus grands. Puissions-nous un jour, par de bonnes institutions, en rendre l'usage inutile. C'est par de bonnes lois, mais aussi par de grands exemples que les mœurs publiques se réforment et se purifient. Que l'opinion publique régénérée flétrisse également le séducteur et l'infidèle, et nous n'aurons peut-être plus besoin du divorce. Mais jusque-là gardons-nous de repousser un remède que l'état actuel de nos mœurs rend encore et trop souvent nécessaire (1).

Acceptons loyalement ce remède, puisque notre santé morale est compromise et ne nous permet pas de réagir, mais par une procédure plus longue, donnons à chacun des époux les loisirs de la réflexion et le temps de voir leurs griefs s'émousser. Que le magistrat éprouvant un sentiment de peine profonde, lorsqu'on lui parle du divorce, ne le prononce que s'il est démontré que la vie commune est insupportable. Ainsi nous aurons plus fait pour sa suppression que que ceux qui, niant le mal, dénonce le divorce comme la honte de la raison.

(I) Treilhard discours précité du 19 ventose an VII.

APPENDICE

La Procédure

Par quels moyens les époux qui ont un des motifs précédemment énoncés à faire valoir, le pourront-ils devant les tribunaux ? nous allons en quelques mots l'indiquer.

L'instance en divorce sera introduite par une requête adressée au président du tribunal civil. Celui-ci citera les époux en son cabinet pour essayer de les réconcilier. La loi ayant voulu qu'on ne fit usage de ce remède qu'en désespoir de cause. Si cette tentative de conciliation échoue, le président rend une ordonnance contenant permis d'assigner, prend des mesures provisoires par lesquelles il dispense les époux de vivre en commun, fixe un domicile à la femme, accorde une provision alimentaire à l'époux dénué de ressources personnelles, statue sur la garde des enfants et sur les moyens propres à sauvegarder les intérêts pécuniaires des époux. La procédure se déroule ensuite devant le tribunal en la forme ordinaire : assignation, enquête, audience publique, et renvoi à six mois du prononcé de la sentence si le tribunal le juge utile. L'époux condamné peut faire appel. La décision passée en état de force jugée, la transcription est opérée sur les registres de l'état civil,

mais à la différence de ce qui se passait sous l'empire de la loi de 1886, la loi du 26 juin 1919 donne effet au divorce, non plus du jour de la transcription mais du jour du prononcé de la sentence.

CONCLUSIONS

Au début de notre travail, exposant le but que nous poursuivions, nous indiquions que nous allions essayer de démontrer, par l'examen des causes canoniques de rupture du lien matrimonial, que le fossé qui existe entre la législation canonique qui n'admet pas le divorce et la législature française qui l'admet est moins grand qu'on ne le croie. Le moment est venu d'examiner si ce but a été atteint.

Pour y parvenir, nous nous sommes emparés des divers empêchements dirimants, des vices de consentement susceptibles d'entacher de nullité le contrat-sacrement, base canonique du mariage.

En ce faisant, nous n'avons pas voulu que l'on pût croire qu'il fût dans notre intention de démontrer que l'Eglise, inflexible sur le principe de l'indissolubilité, avait posé les différents cas de rupture dans le but unique de tourner le principe qu'il n'était pas en son pouvoir d'abolir. Non. Mais si nous devions à la vérité de dire que ces cas n'ont pas été établis dans ce but là, il n'en est pas moins vrai que, quoique involontaire, les conséquences de l'admission de ces causes de rupture, rendent le lien matrimonial fragile.

Il est bien difficile en effet aux époux de s'évader de la prison que forment autour d'eux les mailles ténues du filet vers des empêchements dirimants.

Que nous prenions tour à tour chacun de ces empêchements d'impuissance, de rapt, de crime, d'affinité, d'honnêteté publique, pour ne citer que

les principaux, ne sont-ce pas là autant de coups de bélier donnés dans le mur de l'indissolubilité et qui en compromettent la solidité ?

Et si à celà nous ajoutons la théorie ecclésiastique des vices de consentement, ne pouvons-nous pas affirmer, après les avoir étudiés un à un, que ce sont là autant de portes ouvertes par lesquelles les époux pourront un jour s'élancer vers la liberté ? Nous le pensons.

C'est pourquoi nous pouvons redire en terminant en toute vérité : Quoique ne le voulant pas directement ou mieux, pour parler comme les théologiens, *in se*, par les empêchements dirimants, par les vices de consentements constitués tant par l'erreur, et nous devons nous souvenir de la notion extensive de l'erreur donnée par les théologiens, que par les conditions *de præterito vel de presenti*, l'Eglise par ces moyens divers comble le fossé qui existe entre sa législation ennemie du divorce et la législation française favorable à cette institution.

Vu et approuvé
Le Président de Thèse
G. MORIN.

Vu : le 5 Novembre 1923.
Le Doyen
MOYE.

Vu : et Permis d'Imprimer
Montpellier, le 6 Novembre 1923
Le Recteur : JULES COULET.

BIBLIOGRAPHIE

Ancien Testament. — Pentateuque. Prophéties.

Acta Apostolorum. — Saint-Paul. Epitres.

Acta Apostolica Sedis. — 1912 et Août 1923.

Accarias. — Précis de Droit Romain.

Benoît XIV. — De Synodo.

Caro-Nisias. — Discours du 28 Ventose an XI.

Concile de Trente. — De Réformatione Matrimonii Session XXIV.

Jules Cauvierc. — Le lien conjugal et le Devoir. Paris 1890.

Colin et Capitant. — Traité de Droit civil. Tome I.

Codex Juris Canonici.

Cardinal Billot. — De Sacramento.

Esmein. — Le mariage en Droit canonique. Paris 1891.

Fourneret. — Le mariage Chrétien. Paris 1921.

Fustel de Coulange. — La cité antique.

Fonsegrive. — Mariage et Union Libre. Paris 1904.

Fualdis. — Exposition du Droit Pontifical.

Gasparri. — De Matrimonio. Paris 1903.

Glasson. — Le Mariage Civil et le Devoir dans l'Antiquité. Paris 1880.

Gillet. — 30 Ventose an XI.

Léon XIII. — Encyclique « Arcarnum ».

Lugs. — De Sacramentis in gersere.

May. — Précis de Droit Romain.

Marion. — Histoire de l'Eglise. Motifs du Code civil. Paris 1841. Tome II.

Pallaviccini. — Historia Concilii Tridentini. Tome XXII.

Revues. — Le correspondant. T, 217. 10 octobre 1904. — Annales d'Hygiène Publique. 1862. — L'Ami du Clergé. XIV. 1892. — L'Economiste Français.

St-Ambroise. — De Institutione Virginitatis.

St-Augutin. — De Bono Viduitatis. — De Virginitate. — De Bono Conjugali. — De Nuptiis et concupiscentiis.

St-Thomas d'Aquin. — Summa Théologica.

St-Alphonse deLygnori. — Théologia Moralis.

St-Mathieu. — Evangile.

Savoye Rollin. — Discours du 27 ventose an XI.

St-Luc. — Evangile.

Tancquerey. — Synopsis Théologia Moralis. Paris 1913.

Treilhard. — Discours du ventose an XI. Discours du 23 ventose an XI.

Turgeon. — Le Féminisme Français. Paris 1902.

Thiers. — Histoire du Consulat et de l'Empire.

Viollet. — Histoire du Droit Français.

Synopsis Théologia Moralis.

Les Conférences d'Angers.

TABLE DES MATIÉRES

INTRODUCTION

Ire PARTIE

De la formation du lien en Droit canon et en Droit civil français.

HISTORIQUE

Du principe de l'indissolubilité depuis l'avènement du Christianisme jusqu'à nos jours.

De la formation du lien en droit commun

Chapitre I. — *Définition du lien :* § 1er. Définition. Qu'entend-on par lien matrimonial ? Quels droits confère-t-il ? — § 2. Appelations diverses : légitime, « ratum », « consommatum », invalide, nul, « attertatum », putatif, morganatique, ayant on non l'apparence du mariage 27

Chapitre II. — *Nature du lien matrimonial.* — Origine de la conception contractuelle. — § 1. Avant le décret « Tametsi » : contrat consensuel. — § 2. Après le décret « Tametsi » : contrat solennel..... 33

Chapitre III. — *Caractères du lien matrimonial.* — § 1. Caractères généraux. — I. Unité. — Qu'entend-on par l'unité du lien. Historique. Sur quels arguments se basent les théologiens ? 1° Arguments tirés de l'institution primitive du mariage ; 2° Les vœux de la nature ; 3° Des fins secondaires du mariage. Réflexions. — II. Indissolubilité. — Argument en faveur du principe d'ordre scripturaire : la tradition ; argument contre : texte de St-Mathieu. — § 2. Caractère particulier aux baptisés : sacrement..... 39

Chapitre IV. — *De l'essence du mariage.* — Consentement « in genere in specie », caractères intrinsèques du consentement matrimonial, libre, mutuel, interne, manifesté extérieurement 55

Chapitre V. — *Formes requises.* — Historique : La discipline Romaine adoptée par l'Eglise. — § 1. « Quoad valitatem » : Curé, témoins. Quel est le curé compétent ? Quelles sont les personnes astreintes à échanger leur consentement en présence du curé. — § 2. « Quod liceitatem » : Prières indiquées par le rituel romain ou les rituels locaux approuvés par Rome 63

Chapitre VI. — *Effets du mariage.* — Droits, devoirs, légitimité, présomption « pater is est » 69

Conclusions. — Nécessité d'exposer comment se forme le lien pour savoir à quelles notions précises doivent être rattachés les empêchements dirimants..... 71

De la formation du lien en droit civil français

Préliminaires. — *Rappel des principes.* — Compétence des tribunaux séculiers en matière matrimoniale des seigneurs au XIX[e] siècle..... 75

De la formation du lien. — § 1. Définition ; contrat d'aide et d'assistance. — § 2. Nature : contrat solennel. — § 3. Essence : consentement et prononcé de la sentence d'union par l'officier de l'Etat civil. — § 4. Formes ; solennité, présence de l'officier de l'Etat civil et de deux témoins. — § 5. Effets : droits et devoirs, légitimité des enfants..... 77

Conclusions. — Exposé bref de la conception civile du mariage car elle est un dérivé de la conception canonique..... 81

DEUXIÈME PARTIE

Du relachement du lien en droit canon et en droit civil. De la séparation de corps.

Préliminaires. — La séparation de corps est un remède inefficace aux maux dont souffrent les époux..... 87

Chapitre I. — *La séparation en droit canon.* — En quoi elle consiste, à quelles conditions elle est accordée..... 82

Chapitre II, — *La séparation de corps en droit civil.* — Pourquoi le législateur français a-t-il, à côté du divorce, laissé subsister la séparation. Dans quels cas est-elle accordée ? 91

TROISIÈME PARTIE

De la rupture du lien en droit canon et en droit civil.

Historique. — Avant l'avènement du Christianisme les civilisations anciennes connaissaient-elles l'indissolubilité du lien. Chez les Juifs. Chez les Romains. En France, au moyen-âge et jusqu'en 1792. De 1792 à nos jours..... 95

De la rupture du lien en droit canonique.

Préliminaires. — Quelle est l'attitude du juge ecclésiastique dans un procès en nullité ? Quels sont ses pouvoirs ? Annule-t-il ou constate-t-il simplement la nullité ? Le juge ecclésiastique dans un procès en nullité peut se trouver en présence d'une de ces deux situations : Le contrat a l'apparence de la validité, dans ce cas il faudra une décision ecclésiastique pour que les époux puissent reprendre leur liberté. Le contrat n'a même pas l'apparence de la validité, point n'est besoin alors d'une décision qui rende la liberté aux époux, ces derniers ne l'ont pas observée..... 105

Section I. — *Le contrat à « Speciem seu Figuram Matrimonii »*..... 109

Le mariage est consommé. — Le juge ecclésiastique qui se trouve en présence d'un contrat ayant l'apparence du mariage, rendu parfait par la consommation du coït, doit, pour en apprécier la validité, se poser deux questions ayant trait : *a)* A la capacité des contractants ; *b)* au consentement cause efficiante du contrat 110

Le contractant était inhabile à contracter..... 110

Chapitre I. — *Le défaut d'âge.* — Quel est l'âge canonique ? Au-dessous de cet âge quelles sont les conditions exigées par l'Eglise pour consommer le mariage ? Deux : capacité actuelle d'engendrer ; une certaine maturité d'esprit..... 113

Chapitre II. — *L'impuissance.* — Qu'entend-on par impuissance ? Quelle est l'impuissance qui peut dirimer le mariage? Est-ce l'impuissance de s'accoupler ? Est-ce l'impuissance d'engendrer ? Question très discutée. Solutions d'espèces 115

Chapitre III. — *Le rapt.* — Peines portées contre le ravisseur, en droit Romain et dans les premiers siècles de l'Ere chrétienne. De nos jours : nullité du mariage. Quelles conditions le Concile de Trente exige-t-il pour que soit rompu le mariage du ravisseur avec sa victime ? Six conditions : 1° Que le Rapt soit commis par un homme ; 2° Dans l'intention de contracter mariage ; 3° En la personne d'une femme ; 4° Que la victime soit transférée d'un lieu dans un autre ; 5° Qu'elle soit enlevée violemment ; 6° Que le ravisseur ait la femme sous sa puissance hors de la célébration du mariage..... 119

Chapitre IV. — *Les vœux solennels et les ordres sacrés.* — Mentionnés seulement pour mémoire..... 125

Chapitre V. — *Disparité de culte.* — Quelles conditions sont exigées pour la naissance de cet empêchement ? Que le mariage ait lieu entre une personne baptisée dans l'Eglise catholique et une personne non baptisée..... 127

Chapitre VI. — *Lien antérieur.* — Mentionné pour mémoire, le même empêchement se retrouvant en droit civil..... 129

Chapitre VII. — *De l'empêchement de crime.* — Intéressant à étudier par suite de l'abrogation de l'art. 298 du Code civil. — Position de la question. — Dans quels cas naît cet empêchement ?..... 129

Chapitre VIII. — *La parenté.* — Définition. — Plan de l'étude de la question. — Parenté naturelle : § 1. Consanguinité. — Définition. Ce qu'on entend par ligne et degré : En ligne directe. En ligne collatérale. Cas de consanguinité multiple en ligne collatérale. — § 2. Quel degré de consanguinité dirime le mariage ?..... 137

Chapitre IX. — *Parenté naturelle.* — *L'affinité.* — § 1. Définition : Discipline antérieure au 19 octobre 1918, Nouvelle discipline sous l'empire du nouveau Codex. — § 2. Computation des degrès d'affinité. — § 3. Dans quelle ligne et jusqu'à quel degré l'affinité constitue-t-elle un empêchement dirimant ?. 147

Chapitre X. — *Parenté légale.* — *L'honnêteté publique.* — Définition : Dans quels cas, sous la nouvelle discipline, prend naissance cet empêchement ?..... 151

Chapitre XI. — *Parenté spirituelle.* — Origine de cet empêchement. Dans quels cas prend-il naissance ?..... 155

Chapitre XII. — *Parenté légale résultant de l'adoption.* — Le Codex s'en rapporte en cette matière au droit civil..... 159

Section II. — *Le consentement donné n'a pas été valable*..... 161

Chapitre I. — *Des vices intellectuels.* — 1. Défaut de raison. — 2. L'erreur. — Définition : Erreur de fait. Erreur de droit. Erreur de personne. Erreur de qualité. Divers cas concrets..... 163

Chapitre II. — *Des vices de la volonté elle-même.* 1. Simulation : A. Le contractant n'a pas l'intention de contracter. B. Le contractant n'a pas l'intention de s'obliger. C. Le contractant a l'intention de contracter et de s'obliger, mais il n'a pas celle de remplir ses obligations..... 173

2. La crainte et la violence. — Conditions que doit revêtir la crainte. — Cas concrets. 177

3. Du consentement donné sous condition. — Généralités. — § 1. Condition future : A. Condition contraire à la procréation. B. Condition contraire à l'indissolubilité. C. Condition contraire à l'unité.— § 2. Condition de præterito vel de præsenti. — Cas concrets..... 185

Appendice.— § 1. *Le privilège Paulin.* — Définition. — Conditions exigées par l'Eglise. — § 2. De la procédure a suivre pour obtenir dispense de consommer le mariage. — Généralités. De foro competenti. De la requête en dispense. Composition du trihunal. Rôle du tribunal. Du rescrit pontifical..... 199

Section II. — *Le mariage n'a pas « speciem seu figuram matrominii »*..... 205

Chapitre I. — *De la présence du curé et des témoins.* — § 1. Avant le Concile de Trente : Discipline. Sponsalia de præsenti. Sponsalia de futuro.— § 2. Après le décret du Concile : Promulgation du décret. Forme substantielle 207

Appendice. — § 1. De la procédure à suivre pour obtenir la nullité du mariage consommé. Composition du tribunal. Requête. Demandeur. Défendeur. Interrogatoire des témoins. Plaidoiries écrites. Prononcé de la sentence. Appel 211

De la Rupture du Lien en Droit civil

Introduction. — *De l'indissolubilité et des nullités en droit civil.* — Des origines à nos jours. 217

Chapitre I. — *La loi de 1884.* — Historique. — Cas dans lesquels le divorce est autorisé. Adultère. Excès. Sévices. Injures graves. Condamnation à une peine afflictive et infamante..... 221

Chapitre II. — *Appréciations de la loi de 1884.* — Résultats obtenus. Causes qui ont motivé l'accroissement des demandes en divorce .. 233

Appendice. — *La procédure.* — Requête. Conciliation. Permis d'assigner. Mesures provisoires. Prononcé de la sentence. Transcription.... 239

Conclusions. — *Le fossé qui sépare les deux législations est moins grand qu'on ne le croit..* 241

Imp. A. Chastanier, Nîmes